الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

جامعة الجزائر
معهد الحقوق و العلوم الإدارية
إبن عكنون

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون
شعبة قانون الأعمال

التحكيم التجاري الدولي

في ظل المرسوم التشريعي ٠٩/٩٣ المؤرخ في ٢٥ أفريل ١٩٩٣

إعداد الطالب:
كمال معروف

بإشراف الدكتور:
أمحمد توفيق بسعي

لجنة المناقشة:

- الدكتور: محمد منطالشتا رئيسا
- الدكتور: أمحمد توفيق بسعي مقررا
- الدكتورة: عكرون ياقوت عضوا
- الدكتور: جديدي معراج عضوا

السنة الجامعية ١٩٩٩-٢٠٠٠

DlyǵF

أهدي هذا البحث المتواضع:

*** إلى أجدادي الأحياء منهم و الأموات،**

*** إلى أمي و أبي،**

*** إلى أخواي لاسيما الأصغر، صلاح الدين،**

*** إلى كل أفراد عائلتي و أقاربي،**

*** إلى زملائي و أصدقائي،**

*** إلى أستاذي و مشرفي.**

كمال معروف

شكر

- إن إنجاز هذا العمل لم يكن من الممكن لولا مساهمة بعض الأشخاص بمعارفهم وخبراتهم و تشجيعهم و في هذا لا يمكنني إلا أن أعبر عن اعترافي و تشكراتي إلى كل هؤلاء و أخص بالذكر:

* أستاذي و مشرفي السيد الدكتور محمد توفيق بسعي الذي وقف في و في عملي وقفة كبيرة كانت لي سندا معنويا و قويا في إطار الدعم الدائم الذي قدمته لي في إدارة عملي و المتجدد في النصائح القيمة و التوجيهات النيرة التي مكنتني من إكمال هذا البحث.

* أستاذي و مشرفي الثاني السيد الأستاذ نور الدين تركي على مساعدته التي لا يستهان بها في إعداد هذا العمل.

* كل عمال مكتبة المعهد(الحقوق لابن عكنون) و بالأخص الصديق "فوزي" و كذا عمال المكتبة الوطنية بشارع فرانز فانون و على رأسهم مجيدي يوسف و حكيم و جمال.. على ما قدموه لي من مساعدة و تسهيلات في انتقاء الوثائق التي احتجت إليها.

* عمال مصلحة الدراسات العليا من كل شخص و أخص السيد محمد زوش.

* زميلي و صديقي عبد القادر زيدان الذي كان لي عونا علميا و معنويا.

* كما لا يمكنني أن أنسى أن أشكر رضوان و ثمال على مجهوداتهما و ما عانياه من تصحيحات التي كانت كثيرة جدا و تغييرات في تصحيح و معالجة هذه المذكرة.

م.د

المقدمة:

- يعتبر التحكيم وسيلة خاصة لفض النزاعات يلجأ إليه بناء على اتفاقية الأطراف، وهو يستعمل في العلاقات ما بين الدول، كما يستعمل في العلاقات التي تجمع أشخاص القانون الخاص وحتى تلك التي تجمع الدول مع أشخاص القانون الخاص[1]، لكن ما يهمنا في هذه الدراسة هو التحكيم المستعمل كوسيلة لفض نزاعات التجارة الدولية، والذي كان ومازال محل اهتمام العديد من الكتّاب الذين حاولوا تعريفه، ويمكننا ذكر البعض من هذه التعريفات:

حسب "هنري موتلسكي": "هو الفصل في النزاع عن طريق أفراد خواص مختارين على أساس اتفاقية"[2]، أما "فليب فوشار" فإنه يلخص مضمون هذه التقنية في الصياغة التالية: عن طريق التحكيم يتفق الأطرف على إخضاع خلافهم لأفراد يختارونهم قصد النظر والفصل فيه"[3]، كما يمكننا ذكر تعريف الأستاذ "كمال إبراهيم" والذي مفاده: "هو وسيلة فض نزاع قائم أو مستقبل، ويتضمن العزوف عن الالتجاء للقضاء المختص بشأنه وطرحه أمام فرد أو أفراد (وهم المحكمون) أنيطت بهم مهمة النظر والفصل فيه بناء على اتفاق المتنازعين على ذلك" [4].

- يتجلى من هذه التعاريف أنه عندما نتكلم عن التحكيم، نعني به ذلك القضاء التعاقدي المنشأ، والذي يختلف عن امتياز القوة العمومية وسلطتها في الحكم، فالتحكيم حسب هذا المعنى يختلف بوضوح عن التحكيم الرياضي والتحكيم في القانون الدولي العام، كما يختلف أيضا عن التحكيم في مجال حل نزاعات العمل[5].

- إنّ الرأي السائد الآن في أوساط المختصين في مجال التحكيم يقّر لهذا الأخير الطبيعة المزدوجة والمختلطة، وفي هذا الصدد يؤكد أحد الكتّاب[6] بأن التحكيم" هو في نفس الوقت وسيلة إتفاقية وقضائية لحل النزاعات، ومن هذه الازدواجية يأخذ خصوصيته بالنسبة للقضاء الوطني". ومن هنا يظهر أن مفهوم التحكيم ينطوي على نوع من التركيب، إذ له مظهر تعاقدي، مظهر إجرائي، ومظهر قضائي. فالأول ينبثق من اتفاق المتعاقدين على إخضاع نزاعهم المحتمل لمحكمة تحكيمية، أما الثاني ، فيظهر في مرحلة سير هذه المحكمة التي تعتمد أساسا على قواعد إجرائية تختارها الأطراف، أو المحكمين أنفسهم في حالة

---

[1] . أنظر ١١٠ J. ROBERT- B. MOREAU, in *ENCY JUR .Rep. Dr .Inter* T. I . P
راجع عبد ا ادي عباس وجهاد هواش "التحكيم" الطبعة الأو ١٩٨٢-رقم ١٩٥

[2] . أنظر J. R. DEVICHI in *J- CL . Proc. Civ. Fasc*. ١٠٠٥. n°١

[3] . أنظر نفس ا رجع .

[4] . أنظر. كمال إبراهيم "التحكيم التجاري الدو " دار الفكر العر . الطبعة الأو ١٩٩١ .رقم ١,٣٦

[5] . أنظر. J. R. DEVICHI in *J- CL Proc.Civ. Fasc*. ١٠٠٥. n° ١

[6] . أنظر تقرير العميد كورنو ا تضمن إصلاحات قانون التحكيم الفرنسي لسنة ١٩٨١، / *رجع السابق*، رقم ١٧.
راجع أيضا كمال إبراهيم، / *رجع السابق*، رقم ٤٣ و ٤٤.

سكوت الأطراف، وأما الأخير ناتج عن طريقة سير محكمة التحكيم المطابق لسير المحاكم الوطنية رغـم مصدرها الخاص، إلا أنها تختلف عن هذه الأخيرة في كونها تصدر قرارا تحكيميا (*Sentence arbitrale*) بدل الأحكام والقرارات القضائية المحضة (*Jugement-Décision*)[1].

- وعليه، أضحى اليوم التسليم بالطابع المختلط أو المركب للتحكيم، إلا أنه يمكن أن يثور الجدل من جديد، إذا ما تساءلنا عما إذا كان التحكيم تحكيما حقيقيا أو مجرد تدخل الغير في قضايا تهم طرفين أو أكثـر[2]، أو أبعد من ذلك إذا ما حاولنا التساؤل إذا كان هناك فرق بين التحكيم كقضاء خاص والقـضاء الـوطني؟ فهذه التساؤلات تدفعنا إلى التمييز ولو بطريقة موجزة بين التحكيم وبعض المفاهيم، أو بعبارة أخرى بعض الأنظمة (*Institutions*) القانونية المشابهة له، ونخص بالذكر المصالحة، الخبرة، والقضاء الوطني.

- فأما التمييز بين التحكيم والمصالحة فهو سهل - ولو من الناحية النظرية - سواء كان على المـستوى الدولي أو على المستوى الوطني، بحيث المصلح (المصالح) وحتى الوسيط يجتهد في تقريـب الأطـراف المتنازعة دون إلزامها بالحل المقترح مثل ما يفعله المحكم لإفتقاره على الطابع الإلزامي. ويتميز التحكيم عن الخبرة رغم وجود بعض التشابه بينهما، بكونه يعتبر قضاء خاصا يعمل كالقـضاء الـوطني يهـدف للفصل في النزاع المطروح أمامه عن طريق قرار تحكيمي، خلافا للخبرة (الإتفاقية - القـضائية) التـي تعتبر مجرد وسيلة للحصول على رأي (إستشارة) من الغير أي من خبير حول مسألة تقنية لتنوير القاضي أو المحكم[3]. وفي الأخير يمكننا التمييز بين التحكيم والقضاء الوطني من خلال عدة نقاط:

- أولها تكمن في عملية تعيين المحكم التي تكون عملا باتفاق الأطراف، عكس القاضي الوطني.

- وثانيها نجدها في أنّ المحكم في مهمته المنوطة به، لا يتقيد بالقانون الوضعي فقط مثل مـا يفعـل القاضي، بل يمكنه الأخذ بعين الإعتبار مبادئ العدالة والأعراف الدولية أو بما يسمى الآن قانون التجـارة الدولية (*Lex Mercatoria*).

- وآخرها تظهر في عملية تطبيق القرار التحكيمي الذي تعد إفراغا لاتفاقية الأطراف، عكس الحكـم القضائي الذي يستمد قوة تطبيقه من السلطة التي تمنحها إياه الدولة [1].

---

[1]. أنظر.N. TERKI « *L'arbitrage commercial international en droit algérien* » OPU. Alger, ed ١٩٩٩

[2]. أنظر J. R. DEVICHI in *J. CL. Proc. Civ. Fasc* ١٠٠٥. n° ٢٢

[3]. أنظر/ *مرجع السابق*. أيضا R.DAVID. *« L'arbitrage dans le commerce international* » Economica, Paris, ١٩٨٤.p ٩,٦
B. OPPETIT « Arbitrage, médiation et conciliation » *Rev Arb* ١٩٨٤, p ٣٠٧-٣٣١.

[1]. راجع كمال إبراهيم، ا رجع السابق. رقم ٣٨ إ ٤١.

- فالتحكيم في وقتنا الحالي يلعب دورا معتبرا في مجال التجارة الدولية، إذ نجد أن العقود التجارية الدولية عادة ما تتضمن في بنودها شرط التحكيم، الذي ينص على أنه في حالة ما إذا نشأت في المـستقبل مشاكل عن هذه الاتفاقات الدولية، يكون الفصل فيها عن طريق التحكيم [٢] .

- مع العلم أن التحكيم بهذا المعنى يعد ظاهرة حديثة نسبيا في حقل التجارة الدولية، بغض النظـر عـن قدمها كنظام، حيث أنه إلى غاية القرن التاسع عشر، لم يستعمل في العلاقات ما بين الأفراد (الخواص) إلا لحل نزاعات ناجمة عن أفراد مدعوين للعيش معا، أو بين أفراد حريصين على الحفاظ علـى العلاقـات الجيدة التي تربطها مثل أفراد العائلة الواحدة، جيران، أو شركاء [٣]، إلاّ أنه إلى جانب هذا، تطور نـوع آخر من التحكيم، والمتمثل في تلك الطريقة الأصلية أو الطبيعيـة (*Rudimentaire*) لفـض النزاعـات، والرامية ليس فقط إلى القيام بترتيبات تسمح للأطراف الحفاظ على علاقاتها السليمة أو الودية، بل ترمـي إلى أبعد من ذلك، حيث تقصي اختصاص الجهات القضائية [٤].

- إنّ النجاح الذي يعرفه التحكيم اليوم في مجال التجارة الدولية، قد نبّه (أشار) إليـه كـل الملاحظـين، خاصة ونحن نعلم أن اللجوء إليه يقدم للأطراف مزايا عديدة بالمقارنة مع القضاء الوطني، بحيـث عـن طريقه يسعى الأطراف إلى الحصول على حل لنزاعهم في أقرب الآجال وبإجراءات مبـسّطة وشـكليات مرنة[٥].

- بالإضافة إلى كل هذا ومن زاوية قانونية محضة، يقدم التحكيم في ميدان التجارة الدولية فائدة كبيـرة، لكونه يجنّبنا - مثل ما هو الحال بالنسبة للمرسوم التشريعي الجديـد ٩٣-٠٩ [٦] - مـشاكل وعراقيـل القانون الدولي الخاص، الذي يهدف أساسا إلى إيجاد حلول لتنازع القوانين وكذا تنازع إختصاص الجهات القضائية الوطنية ، التي تختلف بإختلاف الأنظمة القانونية الوطنية، الشيء الذي يجعل أشخاص التجـارة الدولية ينفرون منه.

- وهكذا للوصول إلى هدفه الحقيقي، يجب أن لا يكون التحكيم حيلة لإظهار رفض الأطر القانونية للدول فحسب، بل يجب أن يشكل أداة حقيقية مهيأة لقضاء دولي[١].

---

[٢] . أنظر. R. DAVID « *L'arbitrage dans le commerce international* », Economica, Paris, ed ١٩٨٢, p. ٥

[٣] . أنظر O. ZAHI « *L'état et l'arbitrage* » OPU, publisud, ed OPU, ١٩٧٩, P ٩٩ et sv

[٤] . أنظر R. DAVID, *opcit*, p ٥

[٥] . أنظر R. DAVID, *opcit*, p١٧

[٦] . ا رسوم التشريعي رقم ٩٣ -٠٩ . ا ؤرخ ٢٥ أفريل ١٩٩٣ ا عدل وا تمم لأمر ٦٦-١٥٤ ا ؤرخ ٨ جوان ١٩٦٦ ا تعلق بقانون الإجراءات ا دنية، ا ريدة الر ية ليوم٢٧ أفريل ١٩٩٣. العدد ٥٨.ص ٤٢.

[١] . أنظر Ph. FOUCHARD « *L'arbitrage commercial international* » Vol II, Librairie Dalloz ١٩٦٥, p٣ et ٤

راجع كمال إبراهيم، / *رجع السابق*، رقم ٣٥، أنظر أيضا عبد ا ادي عباس وجهاد هواش، / *رجع السابق*، ص ١٩٤.

بعد هذا وقبل التطرق إلى تعريف التحكيم التجاري الدولي (المبحث الثاني) نخصص مكانا لتطور التحكيم في الجزائر (المبحث الأول).

المطلب الأول: تطور التحكيم في الجزائر:

- إنّ دراسة التحكيم التجاري الدولي في الوقت الحاضر يجب أن تكون في ظل المرسوم التشريعي ٩٣-٠٩ المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية الجزائري المؤرخ في ٨ جوان ١٩٦٦، الذي سـيكون محل دراستنا (الفرع الثاني) وذلك بعد التطرق، ولو بصورة موجزة، لوضعية التحكيم في الجزائر قبل هذا التاريخ (الفرع الأول).

الفرع الأول: التحكيم التجاري الدولي قبل المرسوم التشريعي ٩٣-٠٩:

- إنّ التحكيم التجاري الدولي في الجزائر قبل سنة ١٩٩٣، تميّز حسب رأينا بمرحلتين، مرحلة إتـصفت بالعدائية تجاه التحكيم (أولا) وأخرى تميزت باستعماله واللجوء إليه كضرورة (ثانيا).

أولا: مرحلة العداء تجاه التحكيم التجاري الدولي :١٩٦٦-١٩٨٢

- نلاحظ أن التحكيم في هذه المرحلة عرف فترتين مختلفتين، مرحلة عرف فيها التحكيم أعلـى درجـة للعدائية والتي تجسّدت برفضه ومنعه (أ)، وأخرى شهد فيها التحكيم نوعا من التخفيف محاولة للتأقلم والتكيّف، أو كما تسمى حسب بعض الكتّاب بمرحلة الإنسجام البيئي للتحكيم [٢] (ب).

(أ)- فترة رفض (منع) التحكيم:٦٦-٧٥

- قبل الحديث عن التحكيم في قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٦٦، تجدر الإشارة بصورة سريعة إلى الوضع السائد قبل هذا القانون. فعلا كانت الجزائر على غرار باقي الدول تعمل بمبدأ عدم إمكانية تقاضي الدولة إلاّ أمام محاكمها الوطنية، مما يجعلها في الحقل الدولي تتمسك بالحصانة القضائية أمـام المحاكم الأجنبية، إذ أنه كان من غير المعقول أن تحاكم دولة ذات سيادة أمام محكمة تحكمية [١]، فبنـاء

---

[٢] . أنظر. M. ISSAD, (L'arbitrage en Algerie) in *Rev Arb* ٣،١٩٧٧ p٢٥٠.
أنظر أيضا. A. BENCHENEB «*Les mécanismes juridiques des relations commerciales internationales de l'Algérie*» ١٩٨٤, p٢٩٦ et sv.

[١] . أنظر. R. DAVID, *Op cit,* p. ١٩١

على هذا المبدأ، وخاصة بعد الاستقلال، كان من غير الممكن للدولة الجزائرية اللجوء إلى لتحكيم إلاّ مع الدول أو مع المنظمات الدولية دون أشخاص القانون الخاص. ورغم ذلك، عرف هذا المبدأ استثناء تمثل في قبول الجزائر التحكيم مع شركات أجنبية وذلك خلال ظروف استثنائية وفي إطار خاص ومحدد عادة ما تعلق بقطاع المحروقات[٢]. وقد تولّد عن هذه الفترة المتميزة بالتحفظ والحذر تجاه التحكيم، نصوصا جزائرية أقل ما يقال عنها أنها مترددة ومتحفظة تجاه هذه الطريقة لحل الخلافات. للتذكير، فإنه كان يطبق قانون الإجراءات المدنية الفرنسي[٣] قبل إصدار قانون الإجراءات المدنية الجزائري ٦٦-١٥٤ المؤرخ في ٨ جوان ١٩٦٦ بمقتضى المرسوم الشهير المؤرخ في ٣١ ديسمبر ١٩٦٢.

- ثم كرّس المشرع الجزائري في الكتاب الثامن من ق.إ.م متبعا في ذلك القواعد المنظمة للتحكيم في فرنسا أنذاك دون الإتيان بشيء جديد[٤]، فالمادة ٤٤٢ منه تضع قاعدة بمقتضاها يمكن لكل شخص أن يطلب التحكيم دون أي قيد، سواء تعلق الأمر بالأشخاص الطبيعية أو المعنوية الخاضعة للقانون الخاص والتي تأكدت فيما بعد عن طريق للقانون المدني الجزائري[٥]. لكن الفقرة الثالثة من نفس المادة أوردت استثناء يخص الأشخاص المعنوية الخاضعة لقانون العام والتي تنص: "ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم"؛ يظهر إذن من هذه الفقرة التي تمثل قاعدة مطلقة لمنع الدولة والأشخاص الأخرى التابعة للقانون العام اللجوء إلى التحكيم؛ لكن بالتدقيق في الأمر، نلمس أن المسألة ليست بالسهولة التي تظهر عليها، خاصة إذا علمنا أن فهمها يتوقف على التفسير الذي نعطيه لعبارة "الأشخاص العامة"، حقيقة أن هذه العبارة تكتنف غموضا، لذا يجب التمييز بين الأشخاص المعنوية العامة ذات الطابع الإداري، والأشخاص المعنوية الأخرى التابعة للدولة.

- فيما يخص الدولة أولا باعتبارها أول شخص معنوي إداري، فإنه مما لاشك فيه هو استبعاد إمكانيتها في اللجوء للتحكيم مع الخواص، ويمتد هذا المنع أيضا إلى الأشخاص المعنوية الإدارية الأخرى، إذ أن النزاعات التي تخص هذه الطائفة من الأشخاص تنظر فيها الغرف الإدارية لدى المحكمة العليا أو

---

[٢] . الإتفاق ا زائري الفرنسي بتاريخ ٢٦ جوان ١٩٦٣ ا نبثق عن بيان ١٩ مارس ١٩٦٢ حول التعاون و س الثروات الباطنية للصحراء.

- الإتفاق ا زائري الفرنسي بتاريخ ٢٩ جويلية ا تعلق ل ا سائل ا تعلقة با روقات وتطور الصناعة با زائر.

- أنظر بروتوكول اتفاق بتاريخ ١٩ أكتوبر ١٩٦٨ ب الدولة ا زائرية وشركة "جي "، وب شركة سوناطراك وشركة "جي " الذي نص على التحكيم.

M. ISSAD « Le décret législatif algerien du ٢٥,٠٤,١٩٩٣ relatif à l'arbitrage international" In. *Rev. Arb*. ٣،١٩٩٣ ٧٠٧.

DES .N.TALEB "*Les contrats interentreprises socialistes",* faculté de droit ,١٩٧٤, p١٤٨ أنظر أيضا

A. MAHIOU « L'arbitrage en Algérie » in. *Rev. Alg des Sciences Juridiques*... ١٩٨٩, pp. ٧٠١- ٧٣٤

[٣] أنظر ا ادة ١٩ و١٠٠٤ من قانون الإجراءات ا دنية الفرنسي.

[٤] . أنظر. A. EL AHDEB *« L'arbitrage dans les pays arabes* » Economica Paris, ١٩٨٨,P. ٢١٧

أنظر أيضا O . ZAHI. *Op cit*. p.٣٥

[5] . أنظر ا واد: ٤٢، ٤٤، ٥١ من القانون ا د ا ؤرخ ٢٦. ٠٩. 1975.

المجالس القضائية، والتي عددتها المادة السابعة من (ق .إ .م) "الدولة، الولاية، البلدية والهيئـات ذات الطابع الإداري".

- أما الأشخاص العامة الأخرى، ونعني بها مختاف المؤسسات التـي أنـشئت مـن طـرف الدولـة أو الجماعات المحلية، فإن أهميتها في اللجوء إلى التحكيم عرفت تطورا تشريعيا جدير بالإشارة نذكره في شكل موجز، إذ ظهر بسبب الغموض الذي عرفه نظام هذه المؤسـسات، تفـسيرين متبـاينين لـنص المادة٤٤٢ :

- التفسير الواسع للمنع: هو تفسير يعتمد على الطابع التفهمي للقواعد القانونية، والداعي إلى إدخال لـيس فقط الدولة والجماعات المحلية، بل كل المؤسسات ذات الطابع الإداري وحتـى المؤسـسات الـصناعية والتجارية في نطاق المنع في طاب التحكيم .

- التفسير الضيق للمنع: نجد تبريره بصفة رئيسية في حاجيات التجارة الدولية التي جعلته يضيق مـن مدى وأثر نص المادة ٤٤٢ ف ٣ من (ق .إ .م)، وذلك باسـتبعاد المؤسـسات العموميـة ذات الطـابع الصناعي والتجاري[١]، علما أن أهم هذه المؤسسات كانت أكثر حساسية وتأثرا بواقع التجارة الدولية، دون أن تكون لها - في أغلب الأحيان- القدرة على التصدي للضغوطات التـي كـان يمارسـها المتعـاملون الأجانب، إذ أن تدخل هؤلاء كان ومازال ضرورة للتنمية الاقتصادية، وعليه كرّس هذا التفسير مبكرا من طرف هذه المؤسسات [٢].

- إلى جانب هذين التفسيرين، هناك بعض الكتّاب الذين كانوا يقارنون القـانون الجزائـري بالقـانون الفرنسي ويقولون بأن المنع لا يعتد به مهما كانت طبيعة الأشخاص إذا ما تعلق الأمر بالعقود الدولية.[٣]

- إن المادة المذكورة أعلاه قد مارست تأثيرا كبيرا في الجزائر وذلك لسببين: من جهة، كانت الجزائـر في هذه الفترة بأمّس الحاجة إلى رؤوس أموال الدول الغربية وتكنولوجيتها. ومن جهة ثانية، وخاصة أن الدولة كان لها احتكار التجارة الدولية تبعا لسياسة التوجيه الاقتصادي، وفي ذات الوقت كانت المؤسـسات العمومية هي أيضا تحتكر القطاعات العامة (الإستراتيجية) فـي النـشاط الاقتـصادي علـى المـستوى الداخلي[١]، فبدافع هذين السببين عمدت هذه الأخيرة إلى استعمال التحكيم وبكل سـهولة، لاسـيما بعـدما

---

[١] . أنظر. A. MAHIOU, *Op cit*, p.٧٠٥

[٢] . أنظر.. N. TERKI. « L'arbitrage internatinal et l'entreprise publique économique » *in Rev .Arb*, ٣،١٩٩٠.p. ٥٨٨

[٣] . أنظر. A. MAHIOU, *Op cit*, p.٧٠٨

[١] – أنظر القانون رقم ٠٢/٧٨ ا ؤرخ ٧٨/٠٢/١١ ا تعلق بإحتكار الدولة على التجارة ا ارجية، ج ر رقم ٧ سنة ١٩٧٨، ص ١١٤.

تفطنت إلى أن الصفقات الدولية المتضمنة لشرط التحكيم كانت في غالب الأحيان، أقل ثمنا (كلفة) من تلك المانحة الاختصاص للقضاء الوطني [٢].

- و بعد تأميم المحروقات في سنة ١٩٧١، لم تعد الدولة الجزائرية تقبل التحكيم مع أشـخاص القـانون الخاص، إلا بطريقة إستثنائية مشروطة بوجود اتفاقية دولية تسمح به، ممـا جعـل هـذا يعـد مخالفـة مشروعة[٣] أو بالأحرى، خروجا مشروعا عن المبدأ العام المكـرّس فـي قـانون الإجـراءات المدنيـة الجزائري.

- وفي نفس السنة، تدخل المشرع لمراجعة قانون الإجراءات المدنية عن طريق الأمر٧١-٨٠[٤] المؤرخ في ٢٩. ١٢. ١٩٧١ والذي أكد فيه على التحكيم وجعله حكرا على النزاعات الناتجة عن العلاقات فيمـا بين المؤسسات العمومية، إلا أنّ هذه المراجعة لم توضح الأمر لبقاء بعض التساؤلات حول المسألة والتي يمكن تلخيصها في:

. يتعلق الأول بمصير النزاع الذي ينشأ بين المؤسسات العمومية ومتعامليها الأجانـب، وإمكانيـة إدراج شرط التحكيم في العقود التي تربطهما؟
. أما الثاني، فإنه يتعلق بطبيعة هذا التحكيم، بمعنى هل هذا التحكيم الذي نص عليه الأمـر٧١-٨٠ هـو اختياري أم إجباري؟

- الإجابة عن هذه التساؤلات أتت بها الممارسة والتطبيق، وذلك بالتأكيد على إمكانية قبول شروط التحكيم في العقود الدولية المبرمة من طرف المؤسسات العمومية من جهة، والتأكيد أيضا على الطابع الاختياري للتحكيم فيما بين المؤسسات العمومية، وذلك في قرار[٥] صدر عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ ٢٥/ ١٢/ ١٩٧٣. من جهة ثانية.

(ب)- <u>فترة الانسجام البيئي (أو التأقلم) مع التحكيم ٧٥-٨٢:</u>

- أنظر أيضا A. BENCHENEB, *opcit,* p٣٥ n٥٩.

[٢] . أنظر N. TERKI, *Op cit,* P ٥٨٩

[٣] لأن ا عاهدات ا صادق عليها طبقا للشروط ا نصوص عليها الدستور١٩٧٦ كان ا قوة مساوية للقانون وأصبحت ا قوة تسمو القانون دستور ١٩٨٩.

[٤] . ا ريدة الر ية ١٩٧٢، ص١٠.

[٥] . للمزيد من ا علومات حول القرار، راجع O. ZAHI, *Op cit,* p. ١٤١

- لقد أصبحت تلك التساؤلات الفقهية المذكورة أعلاه مجرد تساؤلات نظرية بعد المراجعة الجديدة لقانون الإجراءات المدنية عن طريق الأمر٧٥-٤٤ المؤرخ في ١٧ جوان ١٩٧٥، والمتضمن للتحكيم الإجباري ما بين المؤسسات العمومية، والذي فصل نهائيا في مسألة طبيعة التحكيم بجعله إجباري داخليا وقبوله في العلاقات الدولية لهذه المؤسسات، لاسيما بعد صدور المرسوم التنفيذي رقم٧٥-١٤٩ المؤرخ في ٢١/ ١١/ ١٩٧٥، والمتعلق بالمجالس المديرة للمؤسسات العمومية [٢]، حيث في مادته ٢١ يعطي الإمكانية (القدرة) لهذه الأخيرة قبول كل مشروع اتفاق تحكيمي دوليا كان أو وطنيا[٣].

- إلى جانب هذا وعلى مستوى التطبيق (والممارسة)، فإننا نحصي في سنة ١٩٧٦،إثنا عشر (١٢) عقدا من بين سبعة عشرة (١٧) مبرما من طرف المؤسسات الجزائرية يتضمن شرط التحكيم، عشرة (١٠) منها تحيل إلى غرفة التجارة الدولية (*CCI*) واثنان ينصان على التحكيم الخاص (الحر)(*Ad-hoc*) من خلال هذه الأمثلة القانونية والتطبيقية واعتماد التفسير الضيق لنص المادة ٤٤٢، يمكننا القول أن المؤسسات العمومية الجزائرية وقتئذ أجبرت على التأقلم والتكيف [٤] مع التحكيم في معاملاتها على الصعيد الدولي، فهذا الانسجام البيئي أدى إلى ظهور مرحلة جديدة عرف فيها التحكيم وضعا أحسن.

<u>ثانيا: مرحلة إختيار التحكيم كحتمية (ضرورة)</u> ١٩٨٢-١٩٩٣

---

(٢) . ا رسوم التنفيذي ٧٥-١٤٩ ا ؤرخ . ٢١. ١١. ١٩٧٥، ا ريدة الر ية رقم ١٠٠، ص.١٠٦٤.

(٣). راجع A. MAHIOU, *Op cit*, p ٧٠٩

. راجع M. TARARI TANI « Les régles d'arbitrage international en algerie. »in *Rev. Alg*,١٩٩٨ n°١.p ٢٢٢-٢٢٤

(٤) . أنظر N. BENAMARA, *Op cit,* p. ٤٢ أيضا M.ISSAD, “ l’arbitrage en algérie” in *Rev arb*,٣،١٩٧٧ p. ٢٥٩

- قبل الحديث عن هذه المرحلة، جدير بنا لفت الإنتباه إلى مبررات ذلك الشعور بالريبة والحـذر تجـاه التحكيم الدولي، والذي وصل إلى درجة الرفض، والتي تتجسد في تلك الظروف الدولية التي كانت تعيشها الدول العربية في مجال التجارة الدولية والنزاعات الناتجة عنها، والتي أدت إلى صدور قرارات تحكيمية ضدها أقل ما يقال عنها أنها غامضة خاصة تلك الشهيرة، منها: قرار أبو ظبي - أرامكو[1]، وسـفير[2] وكذا قرار تكساكو-كلازيتيك[3]، وليامكو وبريتش بتر وليوم[4] التي تركت ذكرى وصورة سـيئة حـول التحكيم التجاري على المستوى الدولي [5].

- ومع ذلك، وتحت تأثير عاملين أساسيين متمثلين في عامل الضغوطات الممارسة من طرف المتعـاملين الأجانب التي زادت حدتها بدءا من سنة ١٩٨٢ من ناحية، ثم تلاه عامل الأزمة الاقتـصادية فـي سـنة ١٩٨٦ من ناحية أخرى، بدأ الانفتاح الدولي، وعليه سنحاول دراسة هذه الفترة من خلال فترتين مختلفتين تجسدان فترة الانفتاح على التحكيم الدولي (أ) وبعدها فترة قبول التحكيم الدولي (ب).

(أ)- **فترة الإنفتاح:** ٨٢- ٨٨

- إنّ الحذر الذي كانت تظهره الجزائر تجاه التحكيم الدولي بدأ يتبدد بداية من سنة ١٩٨٢، ويظهر ذلك من خلال القرائن (المؤشرات) الثلاثة الأكثر دلالة، أو كما قال عنها الأستاذ "الأحدب": تعتبر هذه القرائن بمثابة حل لأزمة التحكيم الدولي في الجزائر[6] والتي تلخص فيما يلي:

• إصدار المرسوم ٨٢-١٤٥ المؤرخ في ١٠/ ٠٤/ ١٩٨٢ المتعلق بتنظيم صفقات المتعامل العمـومي، والذي يظهر أنه يؤكد بصفة ضمنية على هذا الاتجاه (الانفتاح) من خـلال تفـسير المـادتين ٥٥ و١٠٤ منه[7].

---

(1) راجع. H. BATIFFOL « La sentence ARAMCO et le droit international privé » *in Rev. crit.di*p , ١٩٦٤, p ٦٤٧ et s.

(2) راجع. P. LALIVE « Un récent arbitrage suisse entre un organisme d'état et une société privée étrangére » In *JDI* ١٩٦٢ P. ٢٧٣

(3) راجع . Cohen Jonathan « L'arbitrage TEXACO- CALASIATIC contre le gouvernement Libyen »*AFDI*,١٩٧٧, p ٤٥٢ et s

(4) راجع. B. STERN « Trois arbitrages, un même probléme, trois solutions » in, *Rev Arb*,١٩٨٠ p. ٣

(5) . للمزيد من ا علومات حول ا سألة، أنظر. M. BEDJAOUI . « L'évolution des concéptions et de la pratique algérienne en matiére d'arbitrage international » *In actes de seminaire sur l'arbitrage commercial*, org par la Ch. Nat Com à Alger les ١٤ et ١٥ Dec ١٩٩٢ - ed. Ch. Nat. Com. Mars. ١٩٩٣. p ٨ et ١٥.

(6) أنظر. A. EL AHDEB, *Op cit*, p.٢٢٦

(7) أنظر. M.ISSAD. in actes de seminaire, *Op cit*, p.٧٥-٧٦

• ظهور منشور الوزارة الأولى المؤرخ في ١٨/ ١١/ ١٩٨٢ والذي يأذن للأشخاص المعنويـة التابعـة للقانون العام اللجوء إلى التحكيم في علاقاتها الدولية، ومنه يكون هذا المنشور قد أزال الغمـوض حـول أهلية هذه الأشخاص خاصة المؤسسات العمومية إذ نص على: "فيما يخص أهلية من يمكنه اللجـوء إلـى التحكيم فإن المجلس ما بين الوزارات يقبل بدءا من هذا التاريخ، السماح لمؤسساتنا الوطنيـة أو المحليـة اللجوء إلى التحكيم كما كانت عليه في الماضي، لتميزها عن الأشخاص المعنوية للقانون العـام ولتمتعهـا بالاستقلالية المالية" [١].

إذن بالإشارة إلى الممارسة السابقة، يقر المنشور إمكانية التحكيم لهذه المؤسسات دون إحداث أي تعـديل في نص المادة ٤٤٢ من (ق. إ. م) مكتفيا في ذلك بالتأكيد رسميا على التفسير الضيق للمادة [٢].

• إبرام الاتفاقية الثنائية الجزائرية الفرنسية بتاريخ ٢٧ مارس ١٩٨٣، والتي تندرج فـي الإطـار العـام لتنظيم العلاقات الاقتصادية والتعاون بين البلدين[٣]. والجدير بالذكر أن هذه الاتفاقية جعلت مـن التحكـيم وسيلة لحل النزاعات القائمة أو تلك التي قد تنشأ في المستقبل بصدد تنفيذ العقود المبرمة بين الطـرفين، ومن هنا تكون هذه الاتفاقية قد تضمنت نظاما متكاملا[٤] وضع لهذا السبب، الأمر الذي يسمح لنا القـول بأنه يشكل بالنسبة للجزائر منعرجا في مجال التحكيم الدولي[5] رغم أنه مقتصر (نظـام التحكـيم) علـى العلاقات الجزائرية الفرنسية. وعلى هذا الأساس، يمكننا أن نخلص إلى أن تبادل الرسائل وملحـق نظـام التحكيم ٢٣ مارس ١٩٨٣ يمثلان بالنسبة للقانون الجزائري حدثا هاما باعتباره أول اتفـاق فـي ميـدان التحكيم الدولي مبرم من طرف الجزائر، معيدا بذلك النظر في الفكرة التي مفادها أن الجزائر تتميز بالعداء تجاه التحكيم الدولي[٦].

- مهما يكن، فإن النصين الأخيرين لم ينشرا رسميا مثل ما هو معمول به، الأمر الذي يستوجب التساؤل: هل هذا التصرف يمكن أن يبرر أو يفسر ببقاء شيء من التحفظ تجاه التحكيم، علما أن هـذا النظـام قـد عرف تطبيقا بدليل إدراج العديد من شروط التحكيم التي تحيل إليه، في عقود أبرمت بين ولايات جزائرية ومؤسسات فرنسية، بل حتى البعض منها أدى الى إجراءات قضائية [٧] والتي انجر عنها صدور قـرارين تحكيميين مؤرخين في ٧ أوت١٩٨٩ [٨].

---

[1]. أنظر Circulaire n° ١٢٣/SG / P.M du ١٨. ١١. ١٩٨٢ inédite

[٢]. أنظر N. TERKI « L'arbitrage international et..........», in *Rev Arb*, ٣،١٩٩٠ P٥٩٠

[٣]. أنظر بروتوكول الاتفاق بـ ا زائر وفرنسا ا وقع با زائر بتاريخ ١٩٨٢،٠٦،٢١ ا تعلق بالتعاون الإقتصادي بـ البلدين.

[٤]. أنظر A. MEBROUKINE « Le réglement d'arbitrage Algèro -Français du ٢٧،٠٣،١٩٨٣ », in *Rev Arb*, ١٩٨٦ .p١٩١et

[5]. أنظر A. EL AHDEB, *Op cit,* p ٢٠٩

[٦]. أنظر A. MEBROUKINE, *Op cit,* p ١٩٤

[٧]. أنظر M. ISSAD. in actes de seminaire, *Op cit,* p ٧٧

[٨]. أنظر N.TERKI, *Op cit*, p ٥٩٩-٦٠٠

- كما نجد أيضا صدور قرار عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ ٦ نوفمبر ١٩٨٩ معترفا بصحة شـرط التحكيم المدرج في عقد أبرم بتاريخ ٢٠ ماي ١٩٨٣ بين المؤسسة العمومية للبناء والـشركة الفرنـسية كريزو لوار [١].

- مرة أخرى بيّن التطبيق والممارسة أن المؤسسات العمومية كانت تقبل في عقودها التحكـيم الـدولي، ولمزيد من الدقة نشير الى الدراسة التي قام بها الأستاذ "بن شنب" في سنة ١٩٨٤ والذي أحصى فيها ١٧ شرط تحكيم من مجموع ٢٣ عقدا مبرما من طرف هذه المؤسسات [٢].

- فإستنادا على هذه الأدلة وأخرى[٣] يمكننا اعتبار خلافا لبعض الكتّاب[٤]، سنة ١٩٨٢ بمثابة المنعطـف الكبير للجزائر في ميدان التحكيم الدولي، مسجلة بذلك بداية فترة الانفتاح والتى تجسدت بصورة أوضـح بعد زمن قصير من خلال قانوني سنة ١٩٨٦.

- أما الأول، فإنه يتعلق بالقانون ٨٦-١٣ المؤرخ في ١٩ أوت ١٩٨٦ المعدل لقـانون الـشركات ذات االإقتصاد المختلط، والذي في مادته ٢٤ أضاف المادة ٥٣ مكرر لقانون ٨٢-١٣ المـؤرخ فـي ٢٨ أوت ١٩٨٢ (غير ملغى) تسمح للشركة المختلطة اللجوء الى التحكيم في علاقاتها مع الغير.

- وأما الثاني، فإنه يخص القانون ٨٦-١٤ المؤرخ في ١٩ أوت ١٩٨٦ [٥] المتعلق بالمحروقـات، إذ أن المادة ٦٣ منه تعطي ضمنيا لشركة سوناطراك بصفتها مؤسسة عمومية إمكانية اللجوء الى التحكيم فـي نزاعها مع شركائها الأجانب [٦].

- كل هذا يدل على أن الجزائر بدأت تأخذ الثقة في التحكيم الدولي بدافع الحتمية العملية الناتجة عن تغير ميزان القوى الاقتصادية مع محاولة تكييفه مع ظروفها (محيطها)، سواء تعلق الأمر بالمحيط القـانوني أو الاقتصادي، وبالتالي، لم يعد التحكيم ينظر إليه كنظام أجنبي، بل كمحاولة تقارب بين أنظمة قانونية مختلفة[٧].

---

[١]. أنظر N. TERKI « L'arbitrage international et L'EPE », *Op cit*, p ٥٩٩-٦٠٠

[٢]. أنظر A. BENCHNEB, *opcit*, p ٢٩٦

[٣]. التوقيع على الإتفاق ا م ب ا زائر والإ اد الإقتصادي اللكسمبورغي البلجيكي ١٩٨٤,١١,٢٧ ا تضمن للتحكيم.

[٤]. يعت بعض الكتاب أن فترة الإنفتاح تبدأ سنة ١٩٨٦، أنظر M.ISSAD, *Op cit*, p ٧٧

[٥]. أنظر N .TERKI « La société d'économie mixte en droit Algérien » in *JDI* ١٩٨٨ p ٧١٩ et s

[٦]. أنظر A. MAHIOU, *Op cit*, p ٧١٠ et ٧١١

[٧]. أنظر A. EL- AHDEB, *Op cit*, p ٢٠٨

تجب الملاحظة في نهاية هذه الفترة إلى أن الحديث عن ظاهرة عدائية الجزائر تجاه التحكـيم والتـي إذا كانت على مستوى التطبيق والممارسة مجرد وهم، فإنه على مستوى النصوص القانونية المنظمة له على عكس ذلك.

- إذن تنتهي هذه الفترة كما سبق ذكره تحت ضغط الأزمـة الاقتـصادية العالميـة وتطـور العلاقـات الاقتصادية الدولية للجزائر، الى جانب ضرورة التكّيف مع النظام الاقتصادي الجديد، فهذان العاملان غير القانونيين قد أثرا بشكل كبير ومباشر على الأعوان الاقتصاديين، مما توّلد عنه نصوص قانونيـة حقيقيـة على المستويين، الداخلي والدولي [(١)]، مما جعل التحكيم يعرف مرحلة جديدة، أصبح فيها مقبولا.

(ب)- فترة القبول : ٨٨-٩٣

- إنّ الإصلاحات الاقتصادية لسنة ١٩٨٨ بلورت تغيير الاختيار الإستراتيجي للتنمية الاقتصادية للـبلاد منشئة بذلك محيطا قانونيا أكثر ملاءمة للتحكيم الدولي، الذي أضحى بشكل أكبر من ذي قبل [(٢)] كحتميـة فرضتها التجارة الدولية، ويتجلى هذا القبول من خلال ما يلي:

على المستوى الداخلي :

- في البداية، نجد أن نظام المؤسسات العمومية قد عرف تطورا ملحوظا، يتمثل في إخضاع نشاطاتها للقانون التجاري[(٣)] بغض النظر عن بقاء بعض اللبس، إذ أن القانون ٨٨-٠١ المؤرخ فـي ١٢ جـانفي ١٩٨٨[(٤)] قد قفز قفزة أبعد باتجاه الاعتراف بأهلية (قدرة) المؤسسات العمومية في التحكيم. علما أن هـذا التطور التشريعي يتجسد في نص المادة ٢٠ أين نجد الفقرة الأولى[(5)] منها بدأت بإدخال تعديل جديد بـالغ الأهمية، يتمثل في إعادة النظر في القاعدة العامة المتعلقة بعدم قابلية التصرف في أموال القطاع العام

---

(١) . أنظر M. ISSAD, *Op cit*, p ٧٧

(٢) أنظر N. BENAMARA, *Op cit,* p ٥٥

(٣). أنظر A. MAHIOU, *Op cit,* p ٧١٠

(٤) . القانون رقم ٨٨-٠١ ا ؤرخ ١٢ جانفي ١٩٨٨ ا تعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية. ا ريدة الر ية ١٣ جانفي ١٩٨٨ ص٣٠.

أنظر M. TARARI-TANI «Autonomie de l’EPE et l’arbitrage commercial en Algérie» in *Rev alg .S.J.E.P* n°١p ٢٢٦

(5). ا ادة ٢٠ الفقرة الأو من القانون ٨٨-٠١ تنص : تكون ا متلكات التابعة لذمة ا ؤسسة العمومية الإقتصادية قابلة للتنازل عنها والتصرف فيها وحجزها حسب القواعد ا عمول با التجارة. ماعدا جزءا من الأموال الصافية الا تساوي قيمة الرأ ال التأسيسي للمؤسسة".

والتي تخلى عنها بعد عملية الخوصصة[١]، ثم انتقل المشرع في الفقرة الرابعة من نفس المـادة والتـي تنص على مايلي: "كما يمكن أن تكون موضوع مصالحة حسب مفهوم الفقرة الأولى من المادة ٤٤٢ من الأمر رقم ٦٦-١٥٤ المؤرخ في ٨ يونيو ١٩٦٦ المذكور أعلاه". خلافا لما توحي به الفقرة، نجـد فـي الواقع أن المشرع قصد الاعتراف بأهلية التحكيم للمؤسسات العمومية الاقتصادية، لأن المصالحة المـشار إليها في الفقرة، نصت عليها المادة ٤٥٩ من القانون المدني الجزائري وليس المادة المشار إليها في هـذه الفقرة الرابعة من المادة ٢٠، علما بأن الفقرة الأولى من المادة ٤٤٢ من الأمر ٦٦-١٥٤ تعالج إمكانيـة اللجوء الى التحكيم فقط [٢]. فهذه المادة تعبر إذن عن التقدم الكبير في اسـتقلالية المؤسـسات العموميـة المرخص لها صراحة اللجوء إلى التحكيم في حدود الأموال التي تملكها. ومن هنا نجد المؤسسة العمومية الاقتصادية قادرة على الذهاب إلى التحكيم بكل ارتياح، بل بمباركة القانون الجزائري الصريحة[٣] .

- ثم جاء بعدها قانونان في سنة ١٩٩١، الأول يتعلق بالتنظيم الجديد للصفقات العموميـة المفـرغ فـي المرسوم ٩١-٤٣٤ المؤرخ في ٩ نوفمبر ١٩٩١[٤] والذي في مادتـه ٥١ يعـدد البيانـات (الـشروط) الإلزامية الواجب توافرها في كل صفقة، والتي تتضمن مرة أخرى شرط القانون الواجب التطبيق، وشرط كيفية حل النزاعات، بمعنى وجود نفس الغموض التي تضمنته المادة ٥٥ من المرسوم المـؤرخ فـي ١٠ أفريل ١٩٨٢؛ أما الثاني، يخص قطاع المحروقات الذي أصبح ينظم بعد هذا التاريخ طبقا للقـانون ٩١-٢١ المؤرخ في ٤ ديسمبر ١٩٩١[5] المعدل والمتمم للقانون ٨٦-١٤، والتي تسمح بالتحكيم في النزاعات الناشئة عن عقد الجمعية المبرم بين المؤسسة الجزائرية ومتعاملها الأجنبي[٦].

<u>على المستوى الدولي</u> :

- نسجل على المستوى الدولي انضمام الجزائر إلى عدة اتفاقيات دولية، منها الثنائية [٧] ومنها الجماعيـة (المتعددة الأطراف) تنص على التحكيم :

---

[1]. الأمر ٩٥-٢٥ ا ؤرخ ٢٥-٠٩-١٩٩٥ يتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، ا ريدة الر ية ١٩٩٥/٠٩/٢٧ ص ٣ والأمر ٩٥-٢٢ ا ؤرخ ٢٦ أوت ١٩٩٥ يتعلق وصصة ا ؤسسات العمومية ا ريدة الر ية ١٩٩٥/١٠/٠٣، ص ٣.

[٢]. أنظر N. TERKI, *Op cit*, p ٥٩١ et ٥٩٢ أيضا M. TARARI – TANI, *Op cit,* p ٢٢٤ - ٢٢٦

[٣]. أنظر N. BENAMARA, *Op cit,* p ٥٧ et ٥٨ أيضا A. MAHIOU, *Op cit,* p ٧١٠

[٤] . ا رسوم ٩١-٤٣٤ ا ؤرخ ١٩٩١/١١/٩ يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ا ريدة الر ية ١٩٩١/١١/١٠، ص ٢٢١١.

[5] . القانون ٩١-٢١ ا ؤرخ ١٩٩١/١٢/٤ يعدل و يتمم القانون ٨٦-١٤ ا تعلق بأنشطة التنقيب والبحث عن ا روقات واستغلا ا ونقلها بالأنابيب، ا ريدة الر ية ١٩٩١/١٢/٧ ص ٢٣٩٢.

[٦] . أنظر M. ISSAD, *Op cit,* p ٨١

[٧]. للعلم وقعت وصادقت ا زائر ا غاية سنة ١٩٩٢ على ١٧ إتفاقية قضائية و٥ طريق ا صادقة للمزيد من ا علومات: أنظر M.BENAMARA, (annexe) in actes de séminaire, *opcit,* p ٦٣

- فأما المعاهدات الجماعية، نذكر انضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك المؤرخة في ١٠ جـوان ١٩٥٨ المتعلقة باعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية[١]. كما يجب الإشارة في هذا المضمار إلى اتفاقيـة عمان لسنة ١٩٨٧ المبرمة بين ١٤ دولة عربية والتي بمقتضاها أنشيء مركز عربي للتحكـيم التجـاري مقره بالرباط والتي وقعت عليها الجزائر دون المصادقة.

- وأما الاتفاقيات الثنائية، نجد أن الجزائر أبرمت العديد منها في هذه المرحلة [٢] وبعدها مع: الولايات الأمريكية المتحدة[٣]، الإتحاد الاقتصادي البلجيكـي اللكـسمبورغي[٤]، إيطاليـا[٥]، فرنـسا[٦]، رومانيا[٧]، وأخيرا مع إسبانيا[٨]. مع العلم أن هذه الاتفاقيات جاءت في إطار ترقية وتـشجيع الاسـتثمار مكرسة التحكيم كوسيلة لفض النزاعات التي قد تنشأ عن تطبيقها محيلة على نظام التحكيم للمركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات (*CIRDI*) الناشئة بين الدول ورعايا الدول الأخرى. وذلك تحـت رعاية البنك العالمي، مع التذكير إلى أن الجزائر صادقت على هذه المعاهدة إلا مؤخرا [٩].

- تجدر الإشارة في نهاية هذا الفرع، إلى الدراسة التي قام بها الأستاذ "بجاوي" التي تقدم إحصائيات أكثر شمولية ودقة من سابقاتها والتي خصت الفترة الزمنية الممتدة ما بين سنتي ١٩٨١ و ١٩٩٠، والتي تبرز أن الجزائر كان لها ٧٩ تحكيما لدى غرفة التجارة الدولية محتلة المرتبة الثالثة في قائمة الدول العربيـة، بعد مصر ١٤٣ تحكيما والعربية السعودية ٨٣ تحكيما، بعيدا عن المغرب (٣٢)، ليبيا (٤٥)، و تـونس (٥١)، وهذا دون الحديث عن التحكيمات الخاصة (*ad-hoc*) التي لا يمكن إحصائها [١٠].

---

[١]. ا رسوم ٨٨- ٢٣٣ ا ؤرخ ١٩٨٨/١١/٥ ا تعلق بإنضمام ا زائر إ إتفاقية نيويورك مع التحفظ على ا ادة الأو والثالثة من الإتفاقية (الصفة التجارية وا عاملة با ثل). ا ريدة الر ية رقم ٤٨ ا ؤرخة ١٩٨٨/١١/٢٣ وال دخلت حيز التطبيق بالنسبة للجزائر ١٩٨٩/٥/٨.

[٢]. للمزيد من ا علومات حول الإتفاقيات الثنائية السابقة لصدور ا رسوم التشريعي ٩٣-٠٩ (مع الولايات الأمريكية، والإ اد البلجيكي اللكسمبورغي)

راجع -A. BENCHNEB « le droit conventionnel des investissement et l'arbitrage » in actes de seminaires, *opcit,* p ١١١ et sv

-M.ISSAD " Deux conventions bilatérales pour la protection des investissements " in Rev Arb. ٤, ١٩٩١ p ٧١٣.

A. BEKHCHI « Conventions multilatérales et arbitrage » in actes de séminaires, *opcit*, .p ٨٧ et sv.

[٣] . ا رسوم الرئاسي ٩٠-٣١٩ ا ؤرخ ١٩٩٠/١٠/١٧ ا تعلق با صادقة على هذا الإتفاق. ا ريدة الر ية ليوم ١٩٩٠/١٠/٦ ص ١٢٠٨.

[٤]. ا رسوم الرئاسي ٩١-٣٤٥ ا ؤرخ ٥-١٠-١٩٩١ ا تعلق با صادقة على هذا الإتفاق. ا ريدة الر ية ليوم ١٩٩١/١٠/٦ ص١٤٦٦.

[٥]. ا رسوم الرئاسي ٩١-٣٤٦ ا ؤرخ ١٩٩١/١٠/٥ ا تعلق با صادقة على هذا الإتفاق. ا ريدة الر ية ليوم ١٩٩١/١٠/٦ ص١٤٧٠.

[٦]. ا رسوم الرئاسي ٩٤-٠١ ا ؤرخ ١٩٩٤/٠١/٢٤ ا تعلق با صادقة على هذا الإتفاق. ا ريدة الر ية ليوم ١٩٩٤/٠٢/٢٤ ص٤.

[٧]. ا رسوم الرئاسي ٩٤-٣٢٨ ا ؤرخ ١٩٩٤/١٠/٢٢ ا تعلق با صادقة على هذا الإتفاق. ا ريدة الر ية ليوم ١٩٩٤/١٠/٢٦ ص٤.

[٨]. ا رسوم الرئاسي ٩٥-٨٨ ا ؤرخ ١٩٩٥/٠٣/٢٥ ا تعلق با صادقة على هذا الإتفاق. ا ريدة الر ية ليوم ١٩٩٥/٠٤/٢٥ ص٤.

[٩]. ا رسوم الرئاسي ٩٥-٣٤٦ ا ؤرخ ١٩٩٥/١٠/٣٠ ا تعلق با صادقة على هذا الإتفاق. ا ريدة الر ية رقم ٦٦ سنة ١٩٩٥.

[١٠]. أنظر M. BEDJAOUI, in Bulletin de la cour internationale d'arbitrage de la (CCI) supplement spécial Mai ١٩٩٢

- بناء على كل ما سبق، يمكننا القول أن الجزائر في هذه المرحلة أمام تحدي مخيف، والمتمثل في التنمية الاقتصادية من أجل الحياة، أو من أجل البقاء، بالإضافة إلى التحدي القانوني، إذ أن التحكيم الدولي يظهر كوسيلة صالحة أو حتى ناجعة لحل النزاعات التجارية والحفاظ على المصالح الوطنية في بعض الأوقات[١].

الفرع الثاني : التحكيم التجاري الدولي بعد المرسوم التشريعي ٩٣-٠٩ :

- كان من الواجب الانتظار ثلاث عشريات من التردد والحذر، بل وحتى العداء في بعض الفترات بعد استقلال الجزائر لكي يتدخل المشرع الجزائري في سنة ١٩٩٣ ليضع تشريعا خاصا بالتحكيم الدولي عن طريق المرسوم التشريعي ٩٣-٠٩ ليعدل ويتمم قانون الإجراءات المدنية الجزائري لسنة ١٩٦٦. رغم ذلك، وكما سنتطرق إليه فيما بعد، نجد أن المشرع يضع القانون الجزائري عن طريق هذا المرسوم في مستوى التشريعات المعاصرة (الحديثة) لكونه يشبه القانون الفرنسي[٢] والقانون السويسري[٣]، بل وفي غالب الأحيان يظهر أكثر حرية [٤] (ليبرالية).

- كما أنّ هذا التقنين الجديد ليعبّر عن الاستفادة من الفوائد المتجددة التي يحظى بها التحكيم الدولي والتي تترجم في سعي العديد من الدول إلى التخلص من المشاكل والعراقيل (الريب) التي يمكن أن تنبثق عن القواعد الدولية وذلك عن طريق قواعد داخلية، وبالتالي تقديم إطار ضروري تدعيمي للسير الحسن للتحكيم الدولي.

- وهكذا على غرار العديد من الدول، أحسّت الجزائر، بمناسبة التيار العميق للإصلاحات الاقتصادية و السياسية التي شهدتها مع بداية العشرية الأخيرة للقرن، بالحاجة إلى أن تتزود (تضع) بتشريع وطني عصري في ميدان التحكيم، مهيأ ومعد في جو تسوده الذهنية والنظرة الدوليتين، سعيا إلى تحقيق ملاءمة وترحيب المتعاملين الاقتصاديين الأجانب، وذلك عن طريق محاولة تقديم الضمان والحماية الضروريين[٥].

---

[١]. أنظر N. BENAMARA, *Op cit*, p٦١ et ٦٢

[٢]. Décret n° ٨١-.٥٠٠ du ١٢ mai ١٩٨١ portant le nouveau Code de Proc .Civ. Fr du ١٤ /٠٥/ ١٩٨١ p ١٣٨٠

[٣]. Loi fédérale sur le droit international privé du ١٨/.١٢/١٩٨٧ publiée dans la feuille fédérale du ١٢/٠١/٨٨ *Rev Arb*,١،١٩٨٨

[٤]. أنظر M.ISSAD « Le décret législatif Algérien du ٢٥/٠٤/١٩٩٣ relatif à l'arbitrage inter », *Rev Arb*, ٣, ١٩٩٣ p ٣٧٨

[٥]. أنظر M.BEKHECHI « L'arbitrage commercial international en droit Algérien », *in Rev dr inter et dr comp* ٢, ١٩٩٤

- ومع هذا، يمكننا أن نعيب على طريقة تحرير صياغة هذا النص من جانبين: أما الأول، إننا نتفق مـع الانتقاد الذي قال به الأستاذ "إسعد" حول طريقة استعمال "المادة مكرر" لوضع القواعد، فكان من الأحـسن وضع نص مستقل بدلا من الطريقة غير الملائمة وغير المعتادة، والتي تؤدي إلـى اكتظـاظ النـصوص الموجودة [(١)]. وأما الثاني، فإننا نلاحظ أن المرسوم الجديد لا يحتوي على أية مادة انتقالية (تطبيق القانون من حيث الزمان)، تسمح لنا معرفة ما إذا كان البدء في إجراءات تحكيمية سابقة لمفعول هذا المرسـوم، يمكنها أن تخضع لجزء أو لكل أحكام هذا النص[(٢)]؛ ولهذا كان من الأجدر على المـشرع الجزائـري أن يخصص للمسألة مادة في نهاية النص، إما لبقاء سريان قانون الإجراءات (ق.إ.م) على تلـك التحكيمـات القائمة، وإما لصالح التطبيق الفوري للمرسوم التشريعي ٩٣-٠٩ عليها [(٣)]، وبهذا يكون قد أعطى لـلنص نوعا من البساطة والملاءمة في التطبيق.

- مهما يكن، فإذا كانت إرادة المشرع هي إدخال المرونة القصوى، مع هيمنة مبدأ حرية الأطراف[(٤)]، في طريقة تسوية النزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية، فيكون من المنطقي إذن أن يـرجّح افتـراض التطبيـق الفوري للمرسوم على التحكيمات القائمة.

- فبعد تعريفه بصفة عامة، وتبيان مختلف جوانبه التي مكنتنا من تمييزه عما قد يـشابهه، وكـذا تطـوره وأهميته في حقل التجارة الدولية، ناهيك عن التطور الذي عرفه في الجزائر ومختلف المراحل التي مـر بها قبل صدور المرسوم التشريعي ٩٣-٠٩، يبقى الآن معرفة مسألة تعريف التحكيم التجاري الدولي.

<u>المطلب الثاني : تعريف التحكيم التجاري الدولي</u> :

- إن مسألة تعريف التحكيم التجاري الدولي في هذا الموضع، لا نقصد بها التعريف بالمعنى الدقيق، وإنما نقتصر على تعريف دوليته (الطابع الدولي)، لأن هذه العملية تسمح لنا تحديد مجال هذه الدراسة؛ للتـذكير وفي مجال القانون الدولي الخاص، يكون البحث عن الطابع الدولي لأية علاقة أو نظام قانوني عادة، قصد

P

٨٧.

(١). أنظر M.ISSAD, *Op cit*, p ٣٧٧

(٢). مثل ما فعله ا شرع السويسري قانونه السالف الذكر لسنة ١٩٨٧. أنظر ا ادة ١٧٦ منه.

(٣). أنظر M. BEDJAOUI- A.MEBROUKINE « Le nouveau droit de l'arbitrage international en Algérie » In *JDI* ,٤ ١٩٩٣ p ٨٧٥.

(٤). نقصد با بدأ « Le libéralisme » ذو الأصل اللتيـ والذي قد يأخذ عدة معا متقاربة : ا ذهب ا ر، ا رية التعاقدية، ا رية الإقتصادية، حرية الإرادة، وأخـ ا حرية الأطراف.

إسناد هذين الأخيرين إلى نظام قانوني وطني، كما أن هذه العملية تعتبر شرطا لتطبيق مجمـوع القواعـد الموضوعية الخاصة بالتحكيم[1].

- فبالرجوع إلى القانون الجزائري الجديد المتعلق بالتحكيم، نجد المادة ٤٥٨ مكرر منه تعـرّف الطـابع الدولي للتحكيم التجاري كالتالي: "يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقـة بمصالح التجارة الدولية، والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج"، يلاحظ على هذه المادة أن الطابع الدولي للتحكيم يتحدد من خلال معيارين، أحدهما قـانوني (الفـرع الأول) وآخـر اقتصادي. (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الطابع الدولي للتحكيم والمعيار القانوني :

- لتطبيق هذا المعيار سنعتمد على طريقة التنازع، والتي تعتبر دوليا التحكـيم الـذي يكـون لـه نقـاط (عناصر) تربطه مع عدة أنظمة قانونية وطنية، أو هو حسب التصور الواسع، التحكيم الذي تكون فيه نقاط الارتباط الممكنة في عملية الإسناد لا تتحدد كلها في دولة واحدة، وعليه يكفي أن يكون جانب من التحكيم في بلد غير ذلك الذي تجتمع فيه باقي جوانب (عناصر) القضية [2].

- إذن يعتمد القانون الجزائري من بين عناصر الإسناد علـى عنـصر المـوطن، أي الإقامـة بالنـسبة للأشخاص الطبيعية، والمقر الاجتماعي بالنسبة للأشخاص المعنوية لتكييف التحكيم التجاري على أنه دوليا والمادة المذكورة أعلاه تنص: "يعتبر دوليا"، بمفهوم هذا الفصل .... والذي فيـه مقـر أو مـوطن أحـد الطرفين على الأقل في الخارج".

الفرع الثاني: الطابع الدولي للتحكيم والمعيار الاقتصادي :

- إنّ هذا المنظور يعتمد على معيار اقتصادي محض لمفهوم الطابع الدولي، والذي نجد جذوره تمتد إلى الاجتهاد القضائي الفرنسي[3] وبعده الدولي، والذي كرّس المبدأ العام للطابع الدولي للتحكيم، جاعله كـذلك إذا مسّ (خصّ) هذا الأخير مصالح التجارة الدولية، والمنصوص عليه صراحة فـي نـص المـادة ٤٥٨ مكرر: "يعتبر دوليا، بمفهوم هذا الفصل، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية".

---

(1). أنظر Ph. FOUCHARD, in, *J-CL Proc Civ, Fasc*_١٠٥٠. P ١٧

(2). أنظر Ph. FOUCHARD, ouvrage *Op cit*, p ١٨,١٩,٢٠

(3). راجع L'arret GALAKIS (cass civ I. ٢ Mai ١٩٦٦) - Affs Impex (colmar ٢٩ nov ١٩٦٨), in *Rev Arb,* p ١٤٩ , Plus récent Arret Cass civ. ٧ Oct ١٩٨٠ Aff TARDIEU.

فحسب هذا المعيار، لا يأخذ بعين الاعتبار إلا العوامل الأكثر موضوعية للطابع الدولي، المستندة بدورها على الطابع ذاته لدولية النزاع، أي يجب أن يكون النزاع دوليا في مضمونه وجوهره[1].

- ونقول بعبارة أدق، أن الطابع الدولي للنزاع يظهر من موضوع العملية الاقتصادية التي يمكن أن ينجم عنها نزاعا يمّس اقتصاد أكثر من دولة.

- في الأخير، تجب الإشارة إلى بعض الملاحظات التي تتعلق أساسا بالمعيارين المعتمدين مـن طـرف المشرع لاعتبار التحكيم التجاري دوليا:

- إنّ المعيار القانوني المنصوص عليه في نص المادة ٤٥٨ مكرر يقصي من نطاق تطبيـق المرسـوم الجديد العلاقات والنزاعات القائمة بين المؤسسات الجزائرية المقيمة بالجزائر، ولو أنهـا تمـس مباشـرة مصالح التجارة الدولية، كقيامها بعمليات تجارية تتعدى الحدود الوطنية. [2]

- كما أن المعيار يثير مشكلا قانونيا آخرا يتعلق بمفهوم مصطلح "بالخارج" لاسيما بعد صـدور قـانون الاستثمارات ٩٣-٠٨ المؤرخ في ١٠ أكتوبر ١٩٩٣، المنشئ للمناطق الحرة، خاصة وأن المادة ٢٦ فقرة ٣ تنص على أن العلاقات التجارية بين المؤسسات التجارية المتواجدة في المناطق الحـرة والمؤسـسات الأخرى خارج هذه المناطق تعد من عمليات التجارة الخارجية، خلافا لمفهوم المـصطلح فـي القـانون الدولـــي العام [3].

- وأخيرا، نشير إلى أن المشرع الجزائري في هذه المادة قد جمع معيارين مستعملين على انفـراد مـن طرف القوانين المقارنة، لاسيما تلك التي تشبه المرسوم الجديد، لتكييف التحكيم التجاري على أنه دوليا.

- وبعد هذا التمهيد، يجدر بنا البحث والتساؤل عن الدعم القانوني الذي أتى به المرسوم التشريعي ٠٩/٩٣ في خضم الإصلاحات الاقتصادية التي تعرفها الجزائر منذ سنة ١٩٨٨، وذلك باعتماد سياسة اقتـصادية جديدة، متجسدة في سياسة اقتصاد السوق وما أفرزته من تحولات اجتماعية واقتصادية، ومنه إعادة النظر في الوسائل والأدوات القانونية قصد تحقيق الأهداف الاقتصادية المرجوة، ولم يكن ذلك ممكنا –ولا يتسنى تحقيقه مستقبلا- إلا بجلب الرأسمال الأجنبي للاستثمار في الجزائر مقابل تقديم ضمانات لأصحابه، علمـا

---

[1]. أنظر Ph. FOUCHARD, *in J- CL Proc. Civ. Fasc* ١٠٥٠, p ١٩

[2]. أنظر M.TARARI-TANI « Les régles d'artbitrage international en Algérie» in *Rev Alg S.J.E.P*, ١٩٩٨, p ٢٧٩-٢٨٨

- أنظر N. TERKI, *Op cit*, n° ٤٠

[3]. أنظر M. TARARI-TANI, *Op ci,t* p. ٢٧٩ - ٢٨٠

أن هذا الأمر يستدعى، بل يستوجب تكريس مبدأ حرية التعاقد (الحرية التعاقدية) [1]، لأنهـا تعتبـر الأداة (الوسيلة) الوحيدة والكفيلة لتحقيق نقل وتبادل سريع وفعال للسلع والخدمات، ومنه تسهيل وتحفيز مجـيء المستثمر الأجنبي، خاصة إذا ما هيأ المحيط الملائم لذلك، بما فيه إعطاء الضمانات، لاسـيما ضـمانات تسوية النزاعات الناجمة عن العقود التجارية أو بالأحرى العقود الاقتصادية، ونعني بذلك ضمانات التحكيم التجاري الدولي.

- فهل هذا يجسد حقيقة المنظور (المفهوم) الليبيرالي للاقتصاد الجزائري، بتبنّيه الحرية التعاقدية كضمان لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية، وعليه تطوير حجم سير وتداول السلع والخدمات من وإلى الجزائر؟

- إن الإجابة عن هذه الإشكالية تكون من خلال دراسة وفحص مبدأ حرية التعاقد أو مـا يـسمى بمبـدإ "سلطان الإرادة" ومدى وجوده وتكريسه في قانون التحكيم التجاري الدولي الجديد، وذلك من خلال مراحل سير التحكيم، أي الوقوف عند حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم، ثم مدى وجود هذه الحريـة فـي اختيار القانون المطبق على نزاعها، سواء تعلق الأمر بالشكل أو المضمون، وأخيرا مفعول هذا المبدأ في إعداد القرار التحكيمي وتنفيذه.

- وعليه يقسم هذا البحث إلى ثلاثة فصول هي:
- الفصل الأول: حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم.
- الفصل الثاني: دور الأطراف في المرحلة الإجرائية للتحكيم.
- الفصل الثالث: القوة وفعالية القانونية للقرار التحكيمي.

---

[1] راجع. F.TERRE, «Introduction générale au droit Dalloz, paris, ٨e ed ١٩٩٦, pp ٦٤٦, notamment p ٣٨-٧٦. également, F.TERRE, Y. LEQUETTE, Ph SILMER "Droit civil, les obligations", Dalloz, Paris, ٧e ed ١٩٩٩, pp ١٢٩٤. notamment p ٢٧- ٣٧.

الفصل الأول:

حرية الأطراف في اللجوء إلĂ التحكيم

- إنّ اتفاقية التحكيم الدولي هي ذلك العقد الذي يبرمه الطرفان بصدد نزاع قائم فعلا، ويطلق عليه في هذه الحالة اسم اتفاق التحكيم (*Compromis*)، أو هي ذلك الشرط الذي يدرج في العقد الرئيسي و يتضمن طرح كل ما قد ينشأ من نزاع بصدد تفسير أو تنفيذ هذا العقد على محكم أو محكمين، و يسمى في هذه الحالة شرط التحكيم(*Clause compromissoire*) ، إذن إذا ما استعمل مصطلح "اتفاقية التحكـيم" فـي لغـة الشروح القانونية ، انصرف المعنى الي كلتا الصورتين[١] بحيث نجد أن المادة ٤٥٨ مكرر ١ف١ مـن المرسوم التشريعى ٩٣-٠٩ تنص على: "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات المستقبلية و القائمة."

- وفي مجال التحكيم الدولي، نجد أن هذا التمييز على مستوى التطبيق و الممارسة بدأ يفقد من فائدته العملية، لكون المعاهدات المتعددة الأطراف المتعلقة بالتحكيم الدولي[٢] وكذا قانون التحكيم الجزائـري الجديد يعالجان كل من الاتفاقين (شرط التحكيم واتفاق التحكيم) بنفس الطريقة[٣].

- فقبل البدء فى المرحلة الإجرائية للتحكيم بمعناه الدقيق، والتي يتبادل فيها الأطراف أدلتهم و يحقـق المحكمون فى القضية قصد إصدار قرارهم، يكون من الضروري تهيئة وتنظيم التحكيم ذاته ، وهذا هو الدور الرئيسي لاتفاقية التحكيم باعتبارها حجر الزاوية لهذا النظام القانوني ،إذ بدونها لا يمكن أخذ أي إجراء، وعليه يكون التحكيم التجاري الدولي إذن مرتكزا أساسا على هذا الاتفاق الأولي المسبق لإرادة الأطراف. و من هذا المنطق، يجدر التساؤل في أول الأمر عن شروط صحة اتفاقية التحكيم (المبحـث الأول) ثم التساؤل عن الآثار التي تنتجها هذه الاتفاقية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: شروط صحة اتفاقية التحكيم :

- إنّ التحكيم الدولي مثله مثل التحكيم الوطني، يجد مصدره أساسا في اتفاقيـة التحكـيم، فلأهميتهـا الكبيرة، وضع المرسوم التشريعي ٩٣-٠٩ شروطا محددة لـصحة هـذه الاتفاقيـة، والتـي تتعلـق بالمضمون (المطلب الأول) والشكل (المطلب الثاني) معا.

---

[١]. أنظر المادة ١٤٤٢ و١٤٤٧ من القانون الإجراءات المدنية الفرنسية الجديد، راجع كمال إبراهيم، المرجع السابق، رقم ٢,٣٦
راجع أيضا. *J- Cl Proc. Civ Fasc* ١٠٥٤. n°١٢
[٢]. أنظر معاهدة جنيف لسنة ١٩٢٣ و١٩٢٧ ومعاهدة نيويورك لسنة ١٩٥٨ وكذا معاهدة جنيف لسنة ١٩٦١ .
[٣] . أنظر المواد: ٤٥٨ مكرر ١، مكرر ٦، مكرر ٨ ومكرر ١٥ من المرسوم التشريعي ٩٣ –٠٩، راجع أيضا ع. عباس و ج. هواش، المرجع السابق ص ٣٦٨ .

المطلب الأول: شروط صحة الاتفاقية مDž حيK المضموDž :

- في إطار دراسة الشروط الموضوعية لصحة اتفاقية التحكيم، نجد نوعين من الشروط، نوع يخـص أطراف الاتفاقية وحريتهم (الفرع الأول)، ونوع يتعلق بموضوع أو محتوى الاتفاقية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشروط الموضوYية الخاصة بأطراف اتفاقية التحكيم :

- على خلاف الدراسة التقليدية لنظرية تكوين العقود والشروط الموضوعية الواجب توافرها لصحتها، سنقتصر في هذا الفرع على دراسة مبدأ حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكـيم التجـاري الـدولي باعتباره جوهر التحكيم وركيزته الأساسية (أولا)، وأهلية الأطراف المطلوبة لإبرام اتفاقيات التحكـيم الدولي(ثانيا).

أولا: مبدأ حرية الأطراف في اللجوء الĂ التحكيم:

- إنّ مبدأ حرية الأطراف في اللجوء الى التحكيم يعد عنصرا أساسيا و جوهريا في ميـدان ممارسـة التحكيم الدولي (المادة ٤٥٨ مكرر٢)، إذ أن الإرادة المشتركة للأطراف تأهل المحكم وتمنحـه سـلطة قضائية للنظر في نزاعها، فتحليل هذا المبدأ المعترف به في مجال التحكيم الدولي، يكون مـن خـلال التطرق إلى مضمونه (أ)، أثاره (ب) وحدوده (ج).

(أ)- مضموDž المبدأ:

- إننا نسجل في معظم الدول، أن التحكيم باعتباره قضاء خاص وباعتباره اتفاقي المصدر أصبح فـي الوقت الحاضر، وعلى المستوى العالمي تقريبا، مسلم به من طرف الفقه أجمع بعد تأكيده من طـرف الاجتهاد القضائي، وذلك منذ فترة طويلة، وعليه يكون للأطراف الحرية فـي إعطـاء الاختـصاص لمحكمة تحكيمية للنظر في النزاعات القائمة أو تلك التي قد تنشأ بينها بمناسبة تفسير أو تنفيـذ عقـدها الدولي[1]، وذلك بمقتضى اتفاقية التحكيم، لكن السؤال الذي يطرح في هذا السياق، كيف يكون تطبيـق هذا المبدأ ؟

---

[1]. أنظر N. TERKI, *Op Cit,* n° ٥٣

- إنّ هذا المبدأ في مجال التحكيم الدولي، لا ينحصر ولا يتوقف عند اختيار قـانون وطنـي لتنظـيم التحكيم، وإنما يتعدى ذلك، إذ يمكن للأطراف تعيين مباشرة أو عن طريق الإحالة إلى نظام (لائحـة) تحكيمي، الإجراءات المتبعة في المحكمة التحكيمية [1] وهذا ما تعبر عنـه المـادة ٤٥٨ مكـرر٢ ف ١: "يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديـد شـروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم". من خلال هذه المادة نلاحظ وجود طريقتين لإعمـال (تطبيـق) المبدأ، والذي يكون إما باللجوء إلى التحكيم الخاص أو كما يسمى التحكيم الحـر (*Ad.hoc*) (١) وإمـا بالرجوع إلى التحكيم النظامي (*Institutionnel*)(٢) واللتان سنتطرق إليهما بشكل موجز[2].

(Č)- طريقة اختيار التحكيم الحر:

- على أساس مبدأ سلطان الإرادة، يمكن للأطراف قبل أو بعد نشوء النـزاع، إعطـاء الاختـصاص لمحكمة خاصة للنظر والفصل في نزاعهما، وهذا يعني أن إجراءات تشكيل وتسيير هذه الهيئة تتوقـف على محض إرادة الأطراف التي تحدد القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق في سير الهيئة والفصل في موضوع النزاع[3]، كما يمكن أن نتصور حالة تعيين الأطراف نظام تحكيمي لهيئة دائمة للاعتماد عليه في تشكيل وتسيير محكمتهما التحكيمية، بعيدا عن تدخل هذه المؤسسة ودون تغيير طبيعة هذا التحكيم.

- كما أن تكريس مبدأ حرية الأطراف وتحرره من قيود القوانين الوطنية، ليـشكل الـسمة الرئيـسية لتطور التحكيم الدولي، والذي استطاع التبلور والاكتمال من الناحية النظرية إلا بالاعتماد على أساسـه الاتفاقي، لكن هل يكون هذا الأساس محققا وموجودا في كل الأحوال؟ [4]

(٢) - طريقة اختيار التحكيم النظامي:

- إنّ لجوء الأطراف إلى التحكيم الخاص الذي يستوجب التعيـين المباشـر للمحكمـين وإجـراءات سيـــر التحكيم أمسى قليل الاستعمال في الوقت الحاضر، إذ في ميدان الممارسـة الدوليـة، نجـد شيـــوع شروط التحكيم المدرجة في العقود الدولية، والتي تنص على التحكيم النظامي، وذلك

---

(١). أنظر .٤٢°J-Cl Pr Civ Fasc ١٠٥٤ n

(٢). أنظر تفاصيل ا و rوع الفصل الثا ، عند دراسة إجراءات تشكيل ا كمة التحكيمية.

(٣). أنظر N. TERKI, *Op Cit,* n°٥٥

(٤). أنظر J-Cl Proc Civ Fasc ١٠٤ n° ٤٣

بتعيين نظام تحكيمي لمؤسسة دائمة[1] لتشكيل وتسيير محكمة الأطراف التحكيمية، وهذا نموذج لهـذا النوع من الشروط التحكيمية "كل نزاع ينشأ بمناسبة تفسير أو تنفيذ هذا العقد، يكون الفصل فيه طبقـا لنظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية لباريس" [2].

(ب) - الآثار المترتبة عن المبدأ:

- بغض النظر عن الأثر المتعلق بامتناع القاضي الوطني عن النظر في النزاع وإعطاء هذه الصلاحية للمحكم الدولي[3]، يترتب عن مبدأ حرية الأطراف أثرين آخرين، يتمثل الأول في مبدأ استقلالية شرط التحكيم (١)، أما الثاني فإنه يتعلق بإمكانية (أهلية) الأطراف في إخضاع اتفاقية التحكيم لقانون يختلـف عن ذلك القانون المطبق على عقدهم الرئيسي(٢).

ج - مبدأ استقلالية شرط التحكيم:

- إنّ النظام القانوني لاتفاقية التحكيم يخضع لمبدأ استقلالية هذه الأخيرة، للعلم أن الاجتهاد القـضائي لاسيما الفرنسي يحاول من خلال تطور هذا المبدأ العام تحويله لمبدأ آخر أسمى يتمثل في مبدأ صـحة الاتفاقية وهو مبدأ مطلق لا يحده إلا مقتضيات النظام العام، لكن المشكل الذي يمكن أن يثار يكمن في حالة ما إذا أحد طرفي العقد احتج (ادعى) ببطلان العقد أو فسخه، أو أن العقد قد نفذ، ألا يـؤدي هـذا إلى بطلان الاتفاقية في الوقت ذاته؟ فما هي إذن الحلول المتاحة لمواجهة هذا المشكل لاسيما الحلـول المقترحة من طرف القانون الجزائري ؟ للإجابة عن هذا التساؤل نعمد إلى دراسة مضمون المبـدأ (أ) والآثار المترتبة عنه (ب) .

أ - مضمون المبدأ:

- إنّ مبدأ استقلالية شرط التحكيم يبرر وجوده ويستمده من مبدأ حرية الأطراف فـي اللجـوء إلـى التحكيم، وذلك عن طريق استعمال ضمن بنود العقد شروط تحكيم محررة بصفة غير دقيقة وواسـعة، كما تجب الإشارة في هذا المضمار إلى مشكل الخلط بين مسألة استقلالية شرط التحكـيم وصـلاحية المحكمين في إقرار اختصاصهم للنظر في النزاع الدولي،علما أن المسألتين منفصلتين، بحيث الأولـى

---

[1]. هناك أنظمة كيمية أخرى مثل: الغرفة التجارية الأوروبية العربية (*EURO- ARABE*) ، ا ركز الدو لتسوية النزاعات ا تعلقة بالإستثمارات (*CIRDI*) وا معية الأمريكية للتحكيم (*AAA*).

[2]. أنظر N. TERKI, *Op Cit,* n°٥٧

[3]. سنتطرق إليها ا بحث الثا من هذا الفصل.

تتعلق بمضمون النزاع، في حين الثانية تخص إجراءات التحكيم، وهذا ما أشار إليه الأسـتاذ "جـون روبير" «إنّ صلاحية المحكم للنظر في النزاع ما هي إلا نتيجة لمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم».[١]

- وللإشارة، فإن الاتفاق التحكيمي في ميدان التحكيم الدولي، سواء كان مدرجا في بنود العقد الرئيسي أو منفصلا عنه، يتمتع ما لم تكن هناك ظروف استثنائية خاصة، باستقلالية تامة عن العقد الرئيـسي، غير متأثر بحال من الأحوال ببطلان هذا الأخير، وهذا تجسيدا للقـرار الـشهير "قـرار غوسـي" [٢] الصادر عن محكمة النقض الفرنسية. فهذه الفكرة نجدها مكرسة بصياغة مشابهة في نص المادة ٤٥٨ مكرر١ ف٤: "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب أن العقد الأساسي قد يكـون غيـر صحيح". كما أنه لا يمكن أن تكون اتفاقية التحكيم بحال من الأحوال باطلة أو حسب تعبيـر المـشرع "غير صحيحة" بسبب أن العقد الرئيسي (بدل استعمال مصطلح الأساسي الذي لا يؤدي المعنى الدقيق والصحيح لمصطلح principal في هذا السياق) الذي يكون غير صحيح (باطل).

- وهكذا لايثار أي إشكال حول مبدأ استقلالية شرط التحكيم، بحيث أصبح مبدأ معترف به فـي كـل الدول تقريبا، بدليل أنه معترف به في كل دول أوروبا وأمريكا وحتى الدول ذات القوانين غير المكتوبة (القوانين العرفية)، و دول شرق أوروبا[٣].

كما أن تطوره وتأثيره لم يقتصر على الفقه والقوانين الوطنية، بل أصاب حتى الأنظمـة التحكيميـة[٤] والمعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم[٥].

- فضلا عن ذلك، نجد أن الممارسة الدولية هي أيضا لم تسلم من آثار التطور الذي عرفـه التحكـيم الدولي، وعليه نجد المحكمين الدوليين يسعون إلى إعمال هذا المبدأ باعتباره مبدأ من مبادىء القـانون "غير الوطني" (*Anational*) النابع أو المنبثق عن وظيفة شرط التحكيم في مجـال التجـارة الدوليـة[٦]، وأحسن مثال على هذا، القضيتين الشهيرتين "تكساكو" [٧] و"ليامكو"[٨].

---

[١]- أنظر J. ROBERT *« L'arbitrage en droit interne et en droit international »* ed DALLOZ, ١٩٩٣ p. ٢٤٩.
راجع أيضا كمال إبراهيم، ا رجع السابق، رقم: ٤٨.

[٢] . أنظر القرار JDI ١٩٦٤ p ٨٢- *J.Cl Proc Civ Fasc* ١٠٥٧ n°٧

[٣]. أنظر R.DAVID « *L'arbitrage dans le commerce international* » ed Economics ١٩٨٣ p ٢٦٦.

[٤]. أنظر على سبيل ا ثال نظام غرفة التجارة الدولية (*CCI*) لسنة ١٩٨٨ J.ROBERT, *opcit,* (annexe)

[٥]. أنظر على سبيل ا ثال معاهدة نيويورك ا ادة ٥ ف١ (أ)، ج.ر للجمهورية ا زائرية ا رجع السابق - معاهدة جنيف ١٩٦١ ا ادة ٥,٣ - J.ROBERT, *opcit,* (annexe) - نظام التحكيم ا زائري الفرنسي لسنة ١٩٨٣ ، علي م وك ، ا *رجع السابق،* (ا لحق)

[٦]. أنظر G. KEUTGEN- M. HUYS, *opcit,* p ٤٦٩

[٧] . راجع تفاصيل القضية *JDI* ١٩٧٧ , p ٣٢٦ et sv

[٨]. راجع تفاصيل القضية *Rev Arb* ١٩٨٠, p ١٤٤ et sv

ب- آثار المبدأ:

- بعد عرض مضمون المبدأ، يمكن الآن التطرق إلى الآثار المترتبة عن مبدأ استقلالية شرط التحكيم، مع لفت الانتباه إلى أن الاجتهاد القضائي على المستوى الدولي لم يكتف بإقرار آثار المبدأ تجاه العقـد الرئيسي فحسب (١) بل أقرّ أيضا أثارا تجاه القوانين الوطنية (٢).

ب.Č - آثار المبدأ تجاه العقد الرئيسي:

- إنّ الأثر المباشر الذي يترتب عن هذا المبدأ يتمثل أساسا في احتفاظ واستقلال صحة اتفاقية التحكيم وبقاء سريانها عند الاقتضاء، بقطع النظر عن العقد الرئيسي الذي تستند إليه، وما قد يصيبه من بطلان أو فسخ أو إنهاء، بل حتى في حالة تجديد الالتزامات الناتجة عن هذا العقد [١]، وأبعد من ذلـك، فـإن اتفاقية التحكيم لا تتأثر ولو لم يوجد العقد، إلا أنه يمكن لمحكمي التجارة الدوليـة أن يحـددوا حقـوق الأطراف والنظر في طلباتهم ومذكراتهم [٢].

- كما تجب الملاحظة في هذا السياق إلى مسألة هامة، ألا وهي مسألة القيود أو الاستثناءات الـواردة على مبدأ استقلالية شرط التحكيم والتي يمكن أن نصوغها في الصياغة التالية: هل هناك استثناء لهـذا المبدأ، أو بعبارة أخرى هل القاعدة المنصوص عليها في المادة ٤٥٨ مكرر١ف٤ هي قاعدة مطلقة؟

- نجد في ميدان الممارسة أن المحكمين يمكنهم إثارة عدم صحة شرط التحكيم (أو اتفاقية التحكيم) إذا ما وجد عيب جوهري في الشرط ذاته، أي عندما يكون شرط التحكيم معيبا بـصفة مطلقـة لا يمكـن تصحيحه[٣]، وعليه فإن مجرد الإدعاء بعدم وجود العقد الرئيسي لا يكفي لإعدام (محو) الآثار المترتبة عنه، وإنما يجب على المحكم (القاضي) أن يلاحظ ويتأكد من عدم وجود الشرط ذاته [٤] ، كما لا يمكن المنازعة في صحة اتفاقية التحكيم بحجة عدم نشوء النزاع بعد[٥].

---

[١]. راجع قضية GOSSET المذكورة سابقا، أنظر صفحة ٢٥ وكذا نص المادة ٤٥٨ مكرر١ف٤ .

[٢] . راجع النظام التحكيمي لغرفة التجارة الدولية (*CCI*) المادة ٨ الفقرة ٤ منه، المرجع السابق.

[٣]. H. SCALBERT- L. MARVILE « Les clauses pathalogiques » in *Rev Arb* ١, ١٩٨٨ p ١٧.

[٤]. أنظر *J.Cl Proc Civ Fasc* ١٠٥٤ n°١٠

[٥] . أنظر المادة ١٧٨. ٣ من القانون السويسري لسنة ١٩٨٧ ، المرجع السابق.

ب.٢ - أثار المبدأ تجاه القوانيDž الوطنية:

- في الواقع، نجد أن الاجتهاد القضائي الدولي لم يجعل مبدأ استقلالية الشرط التحكيمي تجـاه العقـد الرئيسي الأثر الوحيد لمبدأ حرية الأطراف، وإنما رتب أثرا آخر، يتمثل في إمكانية إخـضاع اتفاقيـة التحكيم إلى قانون غير القانون المطبق على العقد الرئيسي (٤٥٨ مكرر١ف ٣).

- وهكذا، فإن الاجتهاد القضائي الدولي والقوانين الوطنية وعلى غرارهما القانون الجزائـري الجديـد للتحكيم لا يسندون اتفاقية التحكيم إلى أي تشريع دولة ما، وبالتالي يجب ألا نستنتج صحة هذه الاتفاقية إلا من الإرادة الحرة والمشتركة الأطراف[1].

- وأهمية هذا الأثر تدفعنا إلى البحث في المسألة بمزيد من التدقيق والقـول أن الممارسـة الواسـعة للتحكيم المستمدة والمستوحاة من الاجتهاد القضائي تقر وتطبق مبدأ استقلالية شرط التحكـيم كقاعـدة موضوعية خاصة بالتجارة الدولية والتي يمكن أن تكون في شكل تشريع دولة معينة أو عبـارة عـن مجموعة أعراف و عادات التجارة الدولية المستقلة عن القوانين الوطنية [2] بغض النظر عن القـانون المطبق على العقد الرئيسي، وهذا الأثر قد كرّس في المرسوم التشريعي الجديد ٩٣-٠٩ فـي المـادة ٤٥٨ مكرر١ف٣ التي تنص: "وتعتبر صحيحة من حيث الموضوع إذا ما اسـتجابت للـشروط التـي يضعها إما القانون الذي اتفقت الأطراف على اختياره، وإما القانون المنظم لموضوع النزاع، لاسـيما القانون المطبق على العقد الأساسي، وإما القانون الجزائري".

٢-القانوDž الواجب التطبيŠ5ĂŸ اتفاقية التحكيم:

- تحظى عملية تطبيق القوانين في مجال التحكيم الدولي أهمية بالغة، مثل ما هو الشأن فـي طريقـة تنازع القوانين، وذلك ناتج عن الدور المرجح (الكبير) الذي يلعبه مبدأ سـلطان الإرادة [3] فـي هـذا المجال.

- وبالإضافة إلى الوظيفة الرئيسية المتمثلة في تنظيم سير المرحلة الإجرائية للتحكـيم، فـإن اتفاقيـة التحكيم مثلها مثل أي عقد آخر، تنتج التزامات أخرى سابقة و منفصلة عن هذه المرحلة [1].

---

[1]. أنظر J.Cl Proc Civ Fasc ١٠٥٤ n° ١٤

[2]. J.Cl Proc Civ Fasc ١٠٥٤ n°٤٠ - أيضا ع .عباس و ج. هواش، / رجع السابق، ص ٣٧٣و٣٧٤ .

[3]. أنظر J.Cl Proc Civ Fasc ١٠٥٤ n°٣٨

- وعليه، كي تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، يجب أن تخـضع لقـانون واجـب التطبيق، وهذا ما تعبر عنه المادة ٤٥٨ مكرر ١ ف ٣، المشابهة لنص المـادة ٢,١٧٨ مـن القـانون السويسري المتعلق بالتحكيم الدولي: "تعتبر صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للـشروط التـي يضعها إما القانون الذي اتفقت الأطراف على اختياره وإما القانون المنظم لموضوع النـزاع، لاسـيما القانون المطبق على العقد الأساسي، وإما القانون الجزائري" من خلال قراءة هذه المادة يمكننا تـسجيل بعض الملاحظات التي نختصرها فيما يلي:

- أول ملاحظة تثير انتباه رجل القانون تتمثل في المصطلحات المستعملة مـن طـرف المـشرع الجزائري وإنّ كانت هذه الملاحظة تفقد من أهميتها ولا تظهر في النص العربي للمرسوم التشريعـي الذي استعمل مصطلح قانون الذي يقابله في النص الفرنسي مصطلح " *Droit* " الذي ينطوي على معنى أوسع من مصطلح قانون بمعنى تشريع المقابل لمصطلح " *Loi* " في النص الفرنسي، ومن البـديهي إذن أن يعطى لهذه المادة تفسيرا واسعا يتماشى والمنظور(الفلسفة التشريعية) الليبرالي للمرسوم الجديد[٢].

- أما الملاحظة الثانية تكمن في تكريس المشرع لقاعدة موضوعية (خلافا لطريقة التنازع) لتحديـد القانون الواجب التطبيق على مضمون اتفاقية التحكيم، قصد إعطاء مرونة أكبر لهذا المـادة، معـددا بذلك القوانين (*Droits*) التي يمكن أن تطبق على اتفاقية التحكيم وهي: القانون الذي اختاره الأطراف، القانون المنظم لموضوع النزاع، لاسيما القانون المطبق على العقد الرئيسي (بدلا من استعمال عبـارة العقد الأساسي)، والقانون الجزائري.

- وأما الملاحظة الثالثة التي يمكن أن نبديها حول نص المادة ٤٥٨ مكرر١ ف ٣، هي أن المشرع أعطى الأولوية في عملية إخضاع اتفاقية التحكيم الدولي للقانون الواجب التطبيق، إلى ذلـك القـانون الذي اختارته إرادة الأطراف الحرة[٣]، وعليه فإن هذه الطريقة لا تعرف مبدئيا أي مشكل لتطبيقها إذا ما عبر الأطراف صراحة عن اختيارهم للقانون الذي يريدونه أن يطبق على اتفاقيتهم، والذي يمكن أن يكون القانون (*Droit*) الوطني لأحد الأطراف، قانون محل التنفيذ[١] أومحل إبرام[٢] العقد الرئيسي، خليط لمجموعة من القوانين الوطنية، مجموعة القواعد الموضوعية، أو أي قانون آخر يراه الأطـراف

---

[١]. أنظر *J.J.Cl Proc Civ Fasc* ١٠٥٤ n°٤٢

[٢]. أنظر M.BEDJAOUI et A. MEBROUKINE, *Op Cit*,, p ٨٨٣ et.M. ISSAD, in. *Rev Arb,* ١٩٩٣, *Op Cit*, p ٣٩١

[٣]. راجع ع. عباس وج. هواش، *المرجع السابق*، ص: ٣٦٩ و٣٧٠.

[١]. غالبا ما يعيّن نطاق النظرية العامة للعقود الدولية و كذا تنازع القوانين، قانون محل تنفيذ الإلتزام الرئيسي محل العقد، خلافا للقانون الجزائري الذي يأخذ بمعيار قانون محل إبرام العقد. -أنظر M. ISSAD "Droit international privé", T.I, régles de conflit, ed OPU publisud; ١٩٨٦ p٣٠٦ et ٣٠٧, A. BENCHENAB, *OP Cit*, p ٤٥٨ .

[٢]. أنظر المادة ١٨ من القانون المدني الجزائري.

ملائما لاتفاقهما، شريطة ألا يخالف هذا الاختيار قواعد النظام العام الدولي[٣] ، مع التنبيه أنه لا مـانع أن تتوافق هذه الاختيارات أحد القوانين المقترحة في نص المادة المذكورة أعلاه.

- فيما يخص الملاحظة الأخيرة المتعلقة بهذه المادة، نقول أنه من الممكن إضافة إمكانيـة اختيـار قانونين آخرين فضلا عن تلك المقترحة في نص المادة وتطبيقها على اتفاقية التحكيم، فأما الأول، فإنه يتجسد في حالة ما إذا كان القانون المنظم لموضوع النزاع يختلف عن ذلـك المطبـق علـى العقـد الرئيسي، وأما الثاني فهو ناتج عن حالة تطبيق أحكام معاهدة نيويورك لسنة ١٩٥٨ (والتي انـضمت إليها الجزائر كما سبق ذكره) والمتمثل في تطبيق قانون الدولة التي يصدر فيها القرار التحكيمي[٤].

- وهكذا يكون من المؤكد إذن أن المحكم في عملية تحديد (تعيين) القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم، سيستغنى عن البحث في قواعد التنازع، وهذا لإعطاء نوع من الضمان ضد الطرق الاحتيالية التي يمكن أن يستعملها بعض المتعاقدين.

- بناء على ما سبق، يتجلى لنا بوضوح أن المشرع الجزائري أعطى حرية كبيرة للأطرف في عملية اختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم موسعا نطاق صحتها عن طريق تحريـر التحكـيم الدولي من الأطر القانونية للدول [5] .

- وفي الأخير، يمكننا القول أن مسألة القانون الواجب التطبيق، أو بالأحرى مسألة صحة اتفاقية التحكيم من حيث الموضوع، تعد من بين المسائل الهامة، إن لم نقل الأهم، لكون إعمـال (تطبيـق) التحكـيم الدولي متوقف ومرتبط بصحة هذه الاتفاقية[٦].

(ب)- حدود مبدأ حرية الأطراف:

- أضحى من المسلم به أن التحكيم الدولي يتوقف على مبدأ حرية الأطراف ومبدأ استقلالية شرط

---

(٣). راجع P. LALIVE « Ordre public transnational ou réellement international et arbitrage commercial » in *Rev Arb* p٣٢٩.
أنظر تفاصيل فكرة النظام العام الدو الفصل الثالث ص ١٠٠.

(٤). أنظر ا ادة ٥ ف١ من معاهدة نيويورك لسنة ١٩٥٨.

(٥). أنظر M. BEDJAOUI - A. MEBROUKINE, *OP Cit,* p ٣٩٣ - أنظر أيضا M. ISSAD, *OP Cit,* p. ٣٢١.

(٦). أنظر *J.CL P*roc Civ .Fasc ١٠٥٤ n° ٤٠.

التحكيم[١] المنبثق عنه، فإن هذه الحرية الواسعة المتعرف بها للأطراف، والاستقلالية التامة التي تحظى بها اتفاقية التحكيم تثير التساؤل حول ما إذا كانت هذه الحرية مطلقة أم هي حرية مقيدة؟

إنّ الإجابة عن هذا التساؤل تكون إيجابية، حيث أن مبدأ حرية الأطراف مبدأ عام ما لم ينتهك حـدود النظام العام، علما أننا لا نعني هنا النظام العام التقليدي المعروف على مستوى القوانين الداخلية، وإنما نعني النظام العام الدولي[٢]، المتشكل من المبادئ التي تقوم عليها المجتمع الدولي [٣]، ويتعلـق الأمـر بمجموع القواعد الواجب احترامها من طرف المحكم الدولي مهما كان القانون الوطني المطبـق علـى النزاع [٤]، ناهيك عن ذلك الاستثناء الذي جاء به جانب من الفقه- والذي نعتبره منـدرج فـي إطـار قواعد النظام العام الدولي- والذي مفاده أن القانون الذي يختاره المتعاقدان يجب أن يكون لـه صـلة بالعقد الرئيسي، أي يرتبط بعناصره على نحو أو آخر، وإلا اعتبر غشا وتحايلا على القانون الحقيقـي الواجب التطبيق [٥] .

ثانيا: أزالية الأطراف في إبرام اتفاقية التحكيم:

- تعتبر مسألة الأهلية المطلوبة للجوء إلى التحكيم هي نفسها المطلوبة إلى التقاضـي، علمـا أن هـذه القاعدة تنطبق على الأشخاص الطبيعية كما تنطبق على الأشخاص المعنوية [٦]، لكن الموضوع الـذي يهمنا أكثر وبشكل رئيسي نظرا لفائدته العملية، هو موضوع الأهلية المطلوبة للأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام[١]، خاصة إذا علمنا أن مسألة الأهلية في إبرام اتفاقيات التحكيم تنـدرج ضـمن مواضيع القانون الشخصي للمتعاقدين[٢]، ومنه يكون لكل دولة الحق في تحديد فيمـا إذا كـان مباحـا

---

(١). N. TERKI, ouv, *Op Cit,* n°٦٤ .

(٢). أنظر *J-CL Proc.Civ Fasc* ١٠٥٤ n° ٨٤

(٣). أنظر *ENCY JUR (DALOZ) .Rep dr inter Arb. inter* n°١٨٣

Ph. KAHN« Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international » *JDI*, ٢, ١٩٨٩, p ٣١٣-٣١٨.

P. LALIVE "Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international » *Rev Arb*, ٣, ١٩٨٦, p٣٢٣-٣٤٣.

(٤).أنظر N. TERKI , *Op Cit,* n°٦٤, ٦٥, ٦٦ .أيضا P.LALIVE, *Op Cit,* p ٣٢٩

(٥) . أنظر ع. عباس -ج هواش، *مرجع السابق*، ص. ٣٧٤.

- أنظر أيضا Y.DERAINS "L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international » Rev Arb,٢،١٩٨٦, p٣٩٦-٤١١ .

Ph. KAHN « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international », *Op Cit*, p٣١٨- ٣٢٥.

M. ISSAD, «*Droit international privé*" ed OPU publised ١٩٨٦, TI p ٢١٦-٢٢٢.

(٦). أنظر ع .عباس- ج. هواش، *مرجع السابق*، ص ٣٧٢-٣٧٣. أنظر أيضا N. TERKI, *Op Cit,* n°٧٢-٧٣.

(١). من باب أو يمكن للمؤسسة العمومية الإقتصادية بعد سنة ١٩٨٨ اللجوء إ التحكيم عقودها الدولية أو حتى على المستوى الداخلي طبقا للمادة ٣٠ ف٣ من القانون ٨٨ -٠١ ملغى

(٢). أنظر المادة ١٠ من القانون المدني الجزائري.

(مرخصا) أولا لهذه الأشخاص إدراج شرط التحكيم (خاصة في التحكيم الدولي) في العقود التي تبرمها، وعليه سندرس هذه المسألة على ضوء النص الجديد للمادة ٤٤٢ من (ق.إ. م. ج) المعدلـة فـي ٢٥ أفريل ١٩٩٣، فضلا عن التعديل الجوهري والرئيسي الذي جاء به المرسـوم التـشريعي الجديـد و المتعلق بأهلية الأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام للجوء إلى التحكيم (ب)، ويجب التذكير والتنبيه إلى القاعدة العامة المتعلقة بمنع هذه الأشخاص للجوء إلى التحكيم المكرسة في الجملة الأولى من الفقرة الثانية من المادة السالفة الذكر (أ).

(أ)- قاŸدة اللجوء إلĂ التحكيم المنصو ţ Ÿليǈا في المادة ďďْ٢ .ف٢-č

- كما سبق الإشارة إليه أعلاه، سيكون اهتمامنا منصبا على مسألة الأهلية أو بالأحرى قابلية (*Aptitude*) الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام للجوء إلى التحكيم، وهذه المسألة قد فصل فيهـا المرسـوم التشريعي الجديد ٩٣-٠٩ في نهاية الفقرة الثانية من المادة ٤٤٢، ومع ذلـك، يجـب أن لا نهمـل أو نتجاهل بداية هذه الفقرة التي مازالت محتفظة بقاعدة المنع لهذه الأشخاص للجوء إلى التحكيم كمبدأ عام إذ تنص: "ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم....."إلا أنه باعتمـاد مفهوم المخالفة لنص هذه الفترة، نستنتج أن أشخاص القانون العام خلافـا لتلـك الخاضـعة للقـانون الخاص[٣]، يمنع عليها الذهاب إلى التحكيم في حدود القانون الداخلي فقط[٤]، ولو في نزاعاتها الناجمـة عن الحقوق التي لها مطلق التصرف فيها، مما يسمح لنا القول أن هذه الأشخاص غير معنية بأحكـام المبدأ العام المتعلق بحرية اللجوء إلى التحكيم المكرس في الفقرة الأولى من هذه المادة.

(ب)- إمكانية الأشخا ţ المعنوية التابعة للقانوǅ العام اللجوء إلĂ التحكيم الدولي:

- إنّ رفع الحظر على أشخاص القانون العام في اللجوء إلى التحكيم الدولي ليشكل أهم تعديل وأكثـره دلالة، الذي جاء به المرسوم التشريعي الجديد، إذ سمح صراحة لهذه الأشخاص[٥] اللجوء إلى التحكيم

الدولي بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة ٤٤٢ "ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العـام أن يطلبوا التحكيم ماعدا في علاقاتهم التجارية الدولية". فيتجلى من هذه المادة أن المشرع أدخل استثناء على مبدأ المنع المفروض على هذه الأشخاص، إلا أن هذا الاستثناء حصر فـي مجـال: "العلاقـات التجارية الدولية"، مما يستوجب عليها الرجوع إلى نص المادة ٤٥٨ مكرر المدرجـة فـي الأحكـام

---

[٣]. أنظر الفقرة الأو من ا ادة ٤٤٢ من ا رسوم التشريعي ٩٣-٠٩.

[٤]. راجع *J-CL* P*roc. Civ.Fasc* ١٠٥٨ n°١٣ à١٨ notamment l'aff S.E.E..E. rep de Yougoslavie

[٥]. أنظر. N.TERKI « L'arbitrage international et l'EPE », *Rev Arb*, ٣, ١٩٩٠, P٥٨٨ et sv

الخاصة بالتحكيم الدولي والتي عرفته كما يلي: "يعتبر دوليا، بمفهوم هذا الفصل، التحكيم الذي يخـص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية و الذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج". نلاحظ أن هذه المادة قد اشترطت توافر شرطين مكرسين على التوالي في القانون الفرنـسي (ق.إ.م.ج.ف) و القانون السويسري (ت.ق.د.خ) ليعتبر التحكيم تحكيما دوليا [١].

ج- شرط توافر الطابع التجاري في النزاع

- إنّ النزاعات التي تكون موضوع التحكيم الدولي بمفهوم الفقرة الثالثـة مـن المـادة ٤٤٢ يجـب بالضرورة أن تهمّ مصالح التجارة الدولية، مع ضرورة اعتماد المفهوم الواسع القـائم علـى المعيـار الاقتصادي في تعريف كل من التجارة، التاجر، والعمل التجاري ليوافق بذلك التعريف الموحّد والمتفق عليه في الوقت الحاضر والذي مفاده: "إنّ التجارة الدولية هـي تلـك العمليـات المتعلقـة بالتبـادل الاقتصادي، وحركة رؤوس الأموال والخدمات عبر الحدود". فهذا التعريف يجنبنا إذن، استعمال مفاهيم القانون الداخلي التي "أمست مفاهيم ضيقة، مهجورة، مع تضاءل فائدتها أكثر فأكثر حتى في القـانون الداخلي" [٢] .

- و هذا ما يدعم التصور (المنظور) الليبرالي المعتمد في المرسوم التشريعي الجديد، والذي يهدف إلى وضع قواعد ومفاهيم متماشية مع السياسة الاقتصادية الجديدة للجزائر التي ترمي إلى إدماج اقتصادها في النظام الاقتصادي العالمي.

٢- شرط توافر العنصر الأجنبي في النزاع

- إنّ المشرع الجزائري قد أضاف شرطا ثانيا لاعتبار التحكيم تحكيما دوليا والذي يتمثل فـي: "....و الذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج". بالفعل لقد أرفق شـرط تجاريـة النزاع بشرط العنصر الأجنبي للنزاع والذي حسب المادة المذكورة أعلاه، وجوب تواجد مقر أو موطن أحد الطرفين في الخارج، مع الإشارة إلى أن هذا الشرط نجده في نص المـادة ١٧٦ .١ مـن القانون السويسري[١] مع بعض الاختلاف، بما أن هذا الأخير يكرس معيارين شكليين لسببين: تمييـز نطاق تطبيق التشريع المتعلق بالقانون الدولي الخاص (*LDIP*) المتضمن التحكيم الدولي عـن التقنـين

---

(١) . أنظر C REYMOND « La souveraineté de l'état et la participation à l'arbitrage », *in Rev Arb,* ١٩٨٥, p ٥
- أنظر أيضا ع. عباس و ج. هواش، / *رجع السابق،* ص٣٧٧ و٣٧٨, Art ١٧٦ LDIP, Art ١٤٩٢ NCPC. FR. ١٩٨١

(٢). راجع..Ph . FOUCHARD in *J - CL* . dr .inter .Fasc ٥٨٥ ١, n° ٤٩

(١) .أنظر ا ادة.١٧٦-١ من القانون السويسري (*LDIP*) لسنة ١٩٨٧. / *رجع السابق*.

الداخلي (*Concordat*) السويسري الساري المفعول والخاص بالتحكيم الداخلي[٢] من جهـة، ولإعطـاء المزيد من الأمن والتوقع (*Prévisibilité*) القانونيين[٣] من جهة أخرى.

- فمن خلال هذه المقارنة البسيطة للمادتين، نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يأخذ بكل محتوى المـادة السويسرية، بل عمد إلى إسقاط الفقرة الأخيرة (إن أحكام هذا الفصل تنطبق على التحكيمات إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودة بسويسرا وإذا كان لأحد الأطراف على الأقل عند إبرام اتفاقية التحكـيم، موطنا أو إقامة معتادة خارج التراب السويسري)، الأمر الذي يثير بعض التساؤل والإشكال في تفسير المادة ٤٥٨ مكرر، إذ يطرح التساؤل متى يجب أن يكون موطن (مقر) أحد طرفي النزاع في الخارج؟ هل يكون وقت:

- إبرام اتفاقية التحكيم الدولي؟ أو
- نشوء النزاع القابل للتحكيم الدولي؟ أو
- طرح (عرض) الدعوى على المحكمة التحكيمية؟

- نظريا، لا يمكن الإجابة عن التساؤل لغياب المعلومات حول الموضوع أو أنها تكون غير عمليـة، فلهذا ننتظر الإجابة من جانب الممارسة والاجتهاد القضائي التحكيمي المفقودين في الوقت الحالي.

- و قبل الختام يمكننا إبداء ملاحظتين حول المسألة، فأولهما تتمثل في أن المشرع الجزائري في هـذا المرسوم قد أعطى الأفضلية لمعيار(عنصر) الإقامة والمقر لتقدير الطابع الدولي للنزاع متخليـا عـن معيار الجنسية الذي كان له الدور المحدد (*Déterminant*) في القانون الجزائري في مثل هذه المواضيع، وأما ثانيهما فتكمن في اعتماد القانون الجديد للتحكيم معيارين (شرطين) مجتمعين، اسـتعملا بطريقـة انفرادية ومنفصلة من طرف القانون الفرنسي بالنسبة لشرط تجارية النـزاع، والقـانون السويـسري بالنسبة للموطن، لتكييف التحكيم على أنه دوليا.

- و في الأخير نخلص إلى القول أن وضعية الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام صارت بعـد صدور المرسوم ٩٣-٠٩ واضحة دون أي غموض، بحيث أن كل من الدولـة، الولايـة، البلديـة، والهيئات العمومية ذات الطابع الإداري، يمكنها اللجوء بكل حرية إلى التحكيم لفض نزاعاتها القائمة أو

---

(٢) راجع R.BUDIN « Le Nouveau Droit de l'Arbitrage International en Suisse », in *Rev Arb*,١, ١٩٨٨, P. ٥٢ .

(٣) راجع P. LALIVE « Le nouveau droit de l'arbitrage international » in *JDI* ٤, ١٩٨٩, p ٩١٠ .

المستقبلية الناشئة عن عقد (علاقة) تجاري (ة) دولي (ة) طبقا للمادتين ٤٤٢ ف ٣ و ٤٥٨ مكرر مـن (ق.إ.م.ج)، علما أن الحظر يبقى مفروضا على هذه الأشخاص على المستوى الداخلي كمبدأ عام.

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية المتعلقة بالنزاع أو قابلية النزاع التحكيم:

- إنّ النوع الثاني من الشروط الموضوعية الواجب توافرها لصحة الاتفاقية تخـص المحـل والتـي تتلخص في شرط قابلية النزاع للتحكيم، والملاحظ أن هذه المسألة لم ينص عليها المشرع في الفـصل المتعلق بأحكام التحكيم التجاري الدولي، فيستوجب علينا الرجوع إلـى نـص المـادة ٤٤٢ المعدلـة والمتمّمة بالمرسوم التشريعي ٩٣-٠٩ والخاصة بكلا التحكيمين الداخلي والدولي، وعليـه ستنـصب دراسة هذه المسألة إذن، على المبدأ العام المكرس في المادة (أولا) والاستثناء الوارد عليه (ثانيا).

أولا: مضمون شرط قابلية النزاع للتحكيم:

- تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٤٢ على أنه "يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقـوق لـه مطلق التصرف فيها". نلاحظ أن هذه المادة قد كرست مبدأ حرية اللجوء إلى التحكـيم المعتـرف بـه للأطراف، أو بعبارة أوضح، يمكن للأطراف اللجوء بكل حرية إلى التحكيم لتسوية النزاعات القائمة أو المحتملة النشوء عن علاقتها العقدية، بل أبعد من ذلك إذا ما اعتمدنا التفكير(المنظور) الليبرالي المتبني من طرف المرسوم التشريعي الجديد، فحتى النزاعات الناجمة عن العلاقات غير العقدية أي النزاعات التي يمكن أن تثير مسائل مالية قابلة لتقييم أصولها المالية وغير المالية (الأموال التـي تكـون محـلا لحقوق الانتفاع (*Bien de jouissance*)، مجموع الوسائل المستعملة في النـشاط المهنـي أو مـا يـسمى بالأصول المهنية إن صحّ التعبير(*Actifs professionnels*)، يمكن أن تكون موضوعا للتحكيم)[1]. ومن جهة أخرى، نجد معاهدة نيويورك لسنة ١٩٥٨[2] تتبنى نفس المنظور(التصور) بحيث أنها تجيز صـراحة التحكيمات المنصبة على النزعات الناشئة عن العلاقات العقدية وغير العقدية [3] .

- ولمزيد من التوضيح حول المسألة، يمكننا الاستئناس بالقانون السويسري باعتباره أحـد المـصادر المادية للمرسوم التشريعي ٩٣-٠٩ الذي يكرس معيارا اقتصاديا محضا في أحد نصوص مواده، والتي تعتبر النزاعات القابلة للتحكيم تلك التي تمثل طابعا ماليا مهما كان مصدرها، خلافا للتشريعات التـي تحصر التحكيم في النزاعات التجارية فقط، وبتالي يجيز المشرع السويسري التحكيم فـي النزاعـات

---

(1) . أنظر M BEDJAOUI - A.MEBROUKINE, *Op Cit*, P ٨٧٧

(2) . أنظر معاهدة نيويورك ا ؤرخة ١٩٥٨,٠٦,١٠ ا صادق عليها با رسوم ٨٨-٢٣٣ ا ؤرخ ١٩٨٨,١١,٠٥ .ج.ر. رقم ٤٨.

(3) .راجع القانون النموذجي للجنة الأمم ا تحدة للقانون التجاري الدو ا ؤرخ ٢١,٠٦,١٩٨٥.

- أنظر .J. ROBERT "*L'arbitrage, droit interne, droit international privé*" ٦ed Dalloz, Paris ١٩٩٣ p٣٩٣

سواء كانت مدنية أو تجارية، ناشئة عن علاقات عقدية أو تقصيرية، متعلقة بالقانون الخاص أو العام، تمس القانون الداخلي أو الدولي، شريطة أن يتوافر الشرط السابق الذكر وهو أن يمثل موضوع النزاع وجوبا مصلحة مالية لأحد الأطرف على الأقل والتي يمكن تقييمها نقديا[1] .

- وهكذا فإن القانون الجزائري بتطبيق نصي المادة ٤٤٢ (ق ا.م.ج.ج) والمادة ٢ف١ من معاهدة نيويورك لسنة ١٩٥٨[2]، يسمح (يجيز) التحكيم في النزاعات التي تنطوي على مصلحة مالية مهما كان مصدر هذه النزاعات عقدي، أو غير عقدي وذلك بالاعتماد على تطبيق مبدأ حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم بمعناه الواسع.

ثانيا : الاستثناء الوارد ĂlY المبدأ :

- إن المبدأ المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة ٤٤٢ ليس بمبدأ مطلق[3]، إذ تنص الفقرة الثانية منها على استثناء يخرج بعض المواد من نطاق المبدأ العام لحرية التحكيم: "ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم".

- فهذه الفقرة تمنع إذن على كل شخص التحكيم في إحدى هذه المواد، وما يشد الانتباه مسألة النظام العام في الفلسفة التشريعية الجديدة للمرسوم، بل حتى المسائل الأخرى المتعلقة بالحقوق التي لا يمكن التنفيذ عليها *(Droits Disponibles)* والتي ينظر إليها بطريقة مختلفة من طرف القاضي الوطني من جهة والمحكم الدولي من جهة ثانية، لكون هذا الأخير يعتمد مفهومين : واسع إذا ما تعلق الأمر بالحقوق التي لا يمكن التنفيذ عليها، وضيق إذا ما تعلق الأمر بالنظام العام، محاولا حصره في نطاق النظام العام الدولي المحض.

- ومن ثمة، فإن تطور التحكيم في الجزائر ولاسيما الممارسة المستقبلية هما اللذان سيميزان بين عناصر مقومات النظام العام وبين ما يجب إبقائه في نطاق النظام العام الداخلي، وما يمكن أن يتحول إلى النطاق الضروري لميدان العلاقات الدولية[1].

---

[1] أنظر. C.REYMON, *Op Cit,* p ٣٩٦

أنظر أيضا R.BUDIN, *Op Cit,* ٥٤

[2] أنظر. Sur la levée de la résèrve de commercialité,V. N.TERKI, *Op Cit,* n° ٦٨

[3] راجع. *J-CL Proc Civ,* Fasc ١٠٥٨ n° ٣٨،٣٩, ٤٤, ٤٨

[1] راجع. M. ISSAD, in *Rev Arb,* ١٩٩٣, *Op Cit,* p ٣٨٤

- كما تجب الإشارة في هذا الصدد إلى أن مسألة عدم قابلية النزاع للتحكيم لا تشكل سببا خاصا وقائما بذاته من أسباب الاستئناف أو الطعن بالإبطال في القرار التحكيمي المنصوص عليها في المواد ٤٥٨ مكرر ٢٣ و ٤٥٨ مكرر ٢٥، رغم أن المسألة تحظى بأهمية بالغة، لاعتبارها شرطا من الشروط الضرورية لصحة اتفاقية التحكيم من حيث الموضوع، كما تعتبر مسألة حساسة ودقيقة لصعوبة حصرها ومراقبة تطبيقها[٢] .

- وبناء على ما سبق، نخلص إلى أنه فيما عدا المواد المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٤٤٢ والتي يكون الفصل فيها مبدئيا وتقليديا من اختصاص المحاكم الوطنية، يمكن للنزاعات القائمة أو تلك التي تنشأ عن أي علاقة عقدية طبقا لنص المادة ٤٤٢ ق.ا.م.ج أو غير عقدية حسب معاهدة نيويورك، أن تكون قابلة للتحكيم وتشكل بذلك موضوع تحكيم دولي.

المطلب الثاني : شروط صحة الاتفاقية مDž حيK الشكل:

- إنّ مسألة الشكل في التصرفات القانونية وخاصة في العقود، كثيرا ما تختلط مع الإثبات، وهذا الخلط يمكن أن يثور على مستويات عدة، وأمام جهات قضائية مختلفة، ولهذا يظهر التمييز بين المسألتين ذو فائدة عملية كبيرة في عملية التكييف، وكذا تحديد القانون الواجب التطبيق، وعليه يكون من الواجب أن يعتبر الشكل كطائفة من طوائف الإسناد متميزة ومنفصلة عن العناصر الموضوعية للعقد وإجراءات التحكيم، خلافا للإثبات الذي لا ينفصل عنها.

- ومن هناك يجب أن تتضمن اتفاقية التحكيم كباقي العقود على عناصر ضرورية لتكوينها، كضرورة إتباع الأشكال الخاصة المحددة إما في القانون الوطني الواجب التطبيق أو في القواعد الموضوعية الخاصة بالتحكيم الدولي. ومن هنا يطرح التساؤل حول الأشكال المقررة في المرسوم التشريعي الجديد (الفرع الأول) ثم محاولة تقديرها (الفرع الثاني).

الفرع الأول : اشتراط الكتابة في القانوDž الجزائري :

- لقد وضع المرسوم التشريعي الجديد في المادة ٤٥٨ مكرر١ ف ٢ قاعدة موضوعية تشترط الكتابة تحت طائلة البطلان: "إذ يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم بموجب عقد كتابي". وعليه فإن هذه المادة تغنينا في عملية تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم،

---

[٢] . راجع M. ISSAD, *Op Cit,* p ٣٨٣

عن البحث في قواعد التنازع الخاصة بالشكل الواجب احترامه في التصرفات القانونيـة المنـصوص عليها في المادة ١٩ من القانون المدني الجزائري. فالمشرع الجزائري قد اشترط صراحة لتكون اتفاقية التحكيم صحيحة، أن تبرم وجوبا في عقد كتابي تحت طائلة البطلان، فهذه الكتابة إذن تعد ركنا للانعقاد وليس مجرد وسيلة للإثبات.

- فإننا نلاحظ من خلال المادة المتعلقة بشرط الكتابة، أن المشرع الجزائري قد غلّب في هذه المـسألة الشكلية على الرضائية مخالفا بذلك التصور الليبرالي للمرسوم الجديد[١]، مما يستوجب تبنـي التفـسير الواسع للمادة[٢] مع الأخذ بعين الاعتبار أعراف وعادات التجارة الدولية المتعلقة بالموضوع.

- في خضم دراسة الشروط الشكلية، يبقى التطرق إلى مسألة هامة، تتمثل في معرفة طبيعـة الكتابـة المطلوبة لانعقاد اتفاقية التحكيم، هل تشترط الكتابة الرسمية أم يكفي أن تكون عرفيـة ؟ الظـاهر أن الكتابة المطلوبة في نص المادة ٤٥٨ مكرر١ هي الكتابة العرفية محيلة بصفة ضمنية إلـى القواعـد العامة،لأن اشتراط الكتابة الرسمية في العقود يمثل استثناء عن القاعدة العامـة، وبالتـالي إذا كانـت مطلوبة في عقد من العقود يجب أن ينص عليها المشرع صراحة، ولا يمكن استنتاجها أو القياس فيها.

- ولتوضيح المسألة أكثر، يمكننا الرجوع إلى معاهدة نيويورك لسنة ١٩٥٨ التي تربط صحة الاتفاقية من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان بإفراغها في عقد مكتوب مشيرة إلى أن هذا الأخيـر يمكـن أن يكون في شكل شرط تحكيمي مدرج في العقد الرئيسي أو في شكل اتفاق تحكيمي، أو أي مكتوب يـرد في الوثائق العادية أو التليغرافية المتبادلة والموقّعة من قبل الأطراف[٣]. كمـا نـدعم هـذا التفـسير بالاجتهاد القضائي السويسري الذي حدد مفهوم الكتابة بكل "وثيقة أو مجموع الوثائق التي تبيّن دون أي غموض أو شك نية الأطراف ووجود اتفاقية التحكيم" [٤] .

- بناء على ما سبق بيانه، يمكننا القول، أن تطبيق نص المادة المتعلقة بالكتابة المطلوبة فـي اتفاقيـة التحكيم يجب أن يكون تطبيقا مرنا، أي يعتدّ بأية وثيقة تثبت وجود اتفاقية التحكيم.

<u>الفرع الثاني: تقدير قاعدة الشكل :</u>

---

(١) – بالنظر للرئائية الـ يسبق فيها التحكيم الدو ، فإن هذا الشرط (الشكلية) يعد أمرا مفاجأ، من باب أو أنظر N.TERKI, *Op Cit, n °٥٢*

(٢) . راجع M. ISSAD,O*p Cit,* p ٣٨٥ - أيضا M. BOISSESSON « *Le Droit Français de l'arbitrage* » ed Joly ١٩٩٠

(٣) . راجع M. ISSAD, O*p Cit,* p ٣٨٥

(٤). أنظر ا ادة ٢,٢ من معاهدة نيويورك ١٩٥٨ وأيضا ع. عباس- ج.هواش، / *رجع السابق*، ص ٣٧٥.

- لتقدير القاعدة الآمرة المنصوص عليها في المادة ٤٥٨ مكرر ٢ والمتعلقة بالشكل المطلـوب فـي اتفاقية التحكيم الدولي، نلجأ إلى إجراء مقارنة سريعة مع بعض التشريعات في هذا الموضوع (أولا) ثم الخروج ببعض الاستنتاجات فيما بعد (ثانيا).

أولا : الشكل في القانوDž المقارDž:

- إنّ المقارنة التي سنعتمد عليها لتقدير القاعدة الجزائرية، ستنحصر في القانونين اللذين لهما شبه مع القانون الجديد والمتمثلين أساسا في القانون السويسري (أ) والقانون الفرنسي (ب).

(أ)- القانوDž السويسري:

- تنص المادة ١,١٧٨ من القانون الفيدرالي حول القانون الدولي الخاص السويسري (LDIP) المؤرخة في ١٩٨٧/١٢/١٨ على ما يلي: "من حيث الشكل، يجب أن تبرم اتفاقية التحكيم بموجب عقد كتـابي، تليغراف تيلكس، تليفاكس أو أي وسيلة أخرى من وسائل الاتصال والتي يمكن أن تكون وسيلة إثبـات كتابي" نلمس جليا أن هذه المادة، مادة متطورة [١]، ويرجع ذلك لكـون المـشرع السويـسري وعيـا واهتماما منه بالتطور السريع للوسائل التقنية وكذا تطور التكنولوجيا الحديثة طوّر وجدّد قانونه مسايرا بذلك متطلبات ومقتضيات التحكيم الدولي الآنية والمستقبلية[٢] .

(ب)- القانوDž الفرنسي :

- أما من جهة القانون الفرنسي وبالخـصوص المرسـوم ٨١-٥٠٠ المـؤرخ فـي ١٩٨١,٠٥,١٢ والمتضمن قانون الإجراءات المدنية الجديد، فإنه يظهر بأكثر جـرأة وبـأكبر حريـة مـن القـانون السويسري، لكونه يشترط الكتابة للإثبات في مرحلة الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيميـة. نقـول أن

---

(١) Art ١٧٨-١ –"quant à la forme, la convention d’arbitrage est valable si elle est passée par écrit, télégramme, téléx, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d’en établir la preuve par texte.”
P. LALIVE et E.GAILLARD, *Op Cit,* p ٩٣١, - R.BUDIN, *Op Cit,* p ٥٤, C. REYMOND, *Op Cit,* p ٣٩٩ راجع.

(٢) . با قارنة مع معاهدة نيويورك لسنة ١٩٥٨ مثلا.

الكتابة في القانون الفرنسي (ق.إ.م) ليست مطلوبة كشرط من شروط صحة اتفاقية التحكيم الدولي مـن حيث الشكل، وإنما كوسيلة إثبات، تثبت وجود الاتفاقية كشرط من الشروط الواجب توافرها للاعتراف أو تنفيذ القرار التحكيمي، وذلك ما لم يعيّن الأطراف القانون الإجرائي الفرنسي عن طريق الإحالة إلى المادة ١٤٩٥ كقانون واجب التطبيق على اتفاقيتهما[1].

ثانيا : استنتاج :

- اعتمادا على هذه المقارنة الوجيزة، يمكننا استنتاج بعض الملاحظات حول مـسألة الـشكلية الـذي يشترطها القانون الجزائري لصحة اتفاقية التحكيم، فنقول: لكي تكون اتفاقية التحكيم الدولي صحيحة من حيث الشكل، يجب أن تبرم في عقد كتابي، الأمر الذي دفع بعض الكتاب الجزائريين[2] إلى اعتبار هذا الشرط شرطا جامدا وأكثر صرامة بالمقارنة مع التشريعات المذكورة أعلاه، إذ تعد مـن التـشريعات الأكثر تفتحا على التحكيم الدولي. كما نسجل إلى جانب هذا، ملاحظات أخرى نحصرها فيما يلي:

- إنّ المشرع السويسري قد جاوز الطريقة التقليدية المستعملة في الإثبات، مدخلا وسائل الاتـصال الجديدة كوسيلة للإثبات بل حتى لإقرار صحة الاتفاقية، على العكس من القانون الجزائري الـذي لـم يأخذ بهذه الوسائل، رغم أنه أحدث منه، مما يدفعنا إلى التساؤل لماذا لم تأخذ الفقرة الأخيرة من نـص المادة ١,١٧٨ في المادة ٤٥٨ مكرر١ ؟ فربما يكون هذا الأمر هو الذي دفع هؤلاء الكتاب إلى إبـداء التقييم السابق.

- نلاحظ أيضا أن الوضع في ظل القانون الفرنسي يظهر أكثر بساطة، إذ المشرع في ميدان التحكيم الدولي يشترط الكتابة للإثبات وليس للانعقاد كما يعبر عنه باللاتينية « *ad probationem non ad Validitem* ».

- وفي الأخير، يمكننا أن نشير إلى أن المادة ٤٥٨ مكرر١ جعلت من الكتابة الوسيلة الوحيدة التـي تحقق الشكل المطلوب لاتفاقية التحكيم مسقطة وسائل الاتصال المذكورة في القانون السويسري وكـذا المذكورة في معاهدة نيويورك، وهذا الإسقاط يمكن أن يبرر ويفسّر ربما بحرص المشرع الجزائـري على إعطاء أكبر قدر ممكن من الأمن والحماية للتحكيم الدولي[1]، خاصـة إذا علمنـا أن لا شـهادة الشهود، ولا القرائن، ولا حتى الإقرار يمكن أن يكون وسيلة إثبات مناسبة وملاءمـة لإثبـات وجـود اتفاقية التحكيم ومدى تأثيرها على حقوق الأطراف إذا ما اعتبرت صحيحة[2]. كما يمكن حسب رأينـا تسبيب هذا الإسقاط، بالهدف البعيد الذي يرمي المشرع الجزائري إليه والمتمثل في تحقيق تطبيق مبدأ

---

[1]. راجع P.LALIVE - E.GAILLARD, *Op Cit,* p ٩٣١

[2]. أنظر M.BEDJAOUI-A.MEBROUKINE, *Op Cit*, p ٨٨١ et ٨٨٢. أيضا M.ISSAD, *Op Cit,* p٨٤

[1]. راجع - M. BEDJAOUI. A.MEBROUKINE, *Op Cit,* p ٨٨٢ أيضا M. ISSAD, *Op Cit,* p ٨٥

[2]. راجع M. TARARI - TANI, *Op Cit,* p ٢٢٧

الحرية التعاقدية في نطاقها الواسع، ومن ثمة، لم يرد تضييق شرط الكتابة وحصره في الوسائل الآنفة الذكر، تاركا المجال مفتوحا أمام أية وثيقة مهما كانت طبيعتها، يمكن الاعتداد والاعتراف بها للإثبات، شريطة أن تكون موقعة حسب ما تقتضيه القواعد العامة في الإثبات[٣].

- ومهما يكن وفي كل الأحوال، فإن صحة اتفاقية التحكـيم الـدولي تتوقـف أساسـا علـى تقـدير *(Appréciation)* محكمي التجارة الدولية، فإذا اعتبرت كذلك، فإنها ترّتب أثارا نتطرق إليها فيما يلي.

المبحK الثاني: أثار اتفاقية التحكيم :

- بمجرد اعتبارها صحيحة، تنتج اتفاقية التحكيم أثارا عديدة، أهمها امتناع المحاكم الوطنية عن النظر في النزاعات القائمة بين الأطراف لتطرح على المحكمين الذين اختارتهم. وإلى جانب هذا الأثـر، أي عدم اختصاص القضاء الوطني للنظر في النزاع (المطلب الأول)، هناك أثر ثاني يتمثـل فـي عقـد (إعطاء) الاختصاص للمحكمين للفصل في النزاعات القائمة أو المستقبلة بـين الأطـراف (المطلـب الثاني).

المطلب الأول : Yدم اختصا ţ المحاكم الوطنية :

- إنّ عدم اختصاص القاضي الوطني يشكل الأثر السلبي لاتفاقية التحكيم المـستوفية لكـل الـشروط المطلوبة لصحتها، إذ تمنعه بذلك من النظر في النزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية (الفـرع الأول)، إلا أن هذه القاعدة تعرف بعض الاستثناءات، يمكن من خلالها للقاضي المبعد (غيـر المخـتص مبـدئيا) استرجاع اختصاصه، ومن ثمة النظر في هذه النزاعات (الفرع الثاني).

الفرع الأول : مضموDž المبدأ :

- إنّ الغالبية الكبرى من التشريعات (القوانين) الحديثة [١] تقرّ وتكرس مبدأ عدم اختصاص المحـاكم الوطنية للنظر في النزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية التي أبرمت الأطراف بـشأنها اتفاقيـات تحكـيم دولية، وبعبارة أخرى، إذا ما عرض أطراف اتفاقية التحكيم نزاعهم على القاضي الوطني، يجب على

---

[٣]. أنظر ا واد ا تعلقة بالإثبات القانون ا د خاصة، ٣٢٧، ٣٢٨، ٣٢٩.

[١] راجع R.DAVID, *Op Cit,* p ٢٩١ أيضا Ph. FOUCHARD, *Op Cit,* p ١١٦ et sv

هذا الأخير الامتناع عن الفصل فيه والنظر في أي مسألة أخرى إذا ما احتج الطرف المدعي عليه، قبل أي دفاع يتعلق بالموضوع، بوجود اتفاقية تحكيم بينهما، لأن امتناع القاضي عن الفصل في النزاع، لا يمكن أن يثيره القاضي من تلقاء نفسه، إذا أنه ليس من النظام العام، خـصوصا إذ كانـت المحكمـة التحكيمية قائمة "يكون القاضي غير مختص في الموضوع متى كانت دعوى التحكيم معلقة"[٢]. إذن ففي غياب احتجاج أو اعتراض المدعي عليه، يفصل القاضي في النـزاع المطـروح عليـه بنـاء علـى اختصاصه والصلاحيات المخولة له. فالملاحظ في هذا السياق هو التطور الذي وصل إليـه الاجتهـاد القضائي الفرنسي المجسّد في قرار مجلس قضاء باريس المؤرخ في ١٩٨٨/٠٥/٠٤ والذي ينص على "أن المحكمين الذين اختيروا من قبل الأطراف والذين لم يكونوا محل رد أو عزل، يكون لهم بمجـرد قبولهم للمهمة المنوطة بهم، كامل الحرية في الفصل في النزاع في حدود الصلاحيات المخولـة لهـم، باستقلالية تامة ودون أي تدخل للقاضي الوطني"[٣]. وتأكيدا لهذا، نذكر من جهة أخرى الفقرة الثالثـة من المادة الثانية من معاهدة نيويورك لسنة ١٩٥٨ التي تنص: "إذا عرض نزاع على محكمـة تابعـة لإحدى الدول المتعاقدة، وكان الأطراف قد اتفق على حله حسب المعنى الوارد في هذه المادة، يجـب على المحكمة أن تحيلهم إلى التحكيم إذا ما طلب منها ذلك أحد أطراف الاتفاقية ..."[٤]. ومع ذلك، نشير إلى أن إقصاء المحاكم الوطنية ليس إقصاء تاما ونهائيا، لأن مبدأ نزع الاختصاص للقضاء الوطني يرد عليه استثناءات.

الفرع الثاني: حدود (استثناءا) المبدأ :

- مبدئيا، يفقد القاضي الوطني اختصاصه في النظر في النزاعات إذا ما وجدت اتفاقية تحكيم، لأن هذه الأخيرة تهدف أساسا إلى إعطاء الاختصاص للنظر والفصل في النزاعات المتعلقة بالتجـارة الدوليـة لمحكمين يختارهم الأطراف بكل حرية، لكن ما تجب الملاحظة إليه، هو إمكانية القاضـي اسـترجاع اختصاصه للنظر في هذه النزاعات بالرغم من وجود اتفاقية تحكيم في حالات معينة هي:

أولا: حالة سكوا المد٢ي ٢ليزا :

- بما أن قاعدة عدم اختصاص القاضي الوطني للنظر في النزاعات المتعلقة بمجال الحكـيم الـدولي ليست من النظام العام [١]، لأنه لا يمكن للقاضي إعلان عدم اختصاصه من تلقاء نفسه بحجـة وجـود

---

[٢]. أنظر ا ادة ٤٥٨ مكرر ٨ ف.٢ من ا رسوم التشريعي ٩٣-٠٩.

[٣]. أنظر N. TERKI, *Op Cit,* n° ٨٨, ٨٩

[٤]. أنظر N. TERKI, *Op Cit,* n° ٨٦ in fine

[١]. كما هو ا ال رومانيا، هولندا والإ اد السوفياتي سابقا. زيد من ا علومات راجع Ph. FOUCHARD, *Op Cit,* p ١٢٨

اتفاقية تحكيم، أو أن المحكمة التحكيمية قائمة. ونشير إلى أن مصطلح "معلقة"[٢] الـوارد فـي المـادة السالف ذكرها مصطلح لا يؤدي المعنـى الصحيـح لكلمة « *pendante* »، وعليه استعملنـا كلمة "قائـمة" بدلـها (المادة ٤٥٨ مكرر ٨ ف ٢)، ولكن يمكنه فعل ذلك إلا في حالـة مـا إذا احـتج المدعي عليه وتمسك بوجود اتفاقية تحكيم قبل التطرق للموضوع مثل ما هو الحال أمـام المحكمـين (المادة ٤٥٨ مكرر ٧ ف١)[٣]. إذن يجب أن يثار الدفع بعدم اختصاص القضاء الوطني قبل النظر في الموضوع وإلا أعتبر تنازلا عن اتفاقية التحكيم مما يترتب عليه إرجاع الاختصاص للقاضي للنظر في هذه النزاعات[٤] .

- إنّ هذه القاعدة نجدها مكرسة على مستوى الممارسة في كل من الولايات المتحدة الأمريكية وغالبية الدول الأوربية، كما نجدها أيضا مكرسة في معاهدة نيويورك حيث أن الفقـرة الأولـى مـن مادتهـا السادسة تنص: "أن الدفع بعدم الاختصاص المؤسس على وجود اتفاقية التحكيم والمقدم أمام المحكمـة القضائية التي عرض عليها النزاع من أحد أطراف الاتفاقية، يجب أن يثار من طرف المـدعى عليـه تحت طائلة إلغاء الدعوى، قبل أو أثناء تقديم الدفوع المتعلقة بالموضوع". كما يمكننا أن نشير إلى حالة أخرى أين يتفق الأطراف فيها على إخضاع (عرض) نزاعهما على محكمة قضائية (وطنية) متجاهلين اتفاقهما التحكيمي، أي يتنازلا بمحض إرادتهما عن إثارة اتفاقية التحكيم، وعليه يفسر هذا التـصرف على أنه تنازلا ضمنيا عن اللجوء إلى التحكيم لحل نزاعهما" [٥] .

ثانيا: حالة طلب تدخل القاضي أثناء سير المحكمة التحكيمية :

- إنّ الاستثناء الثاني الوارد على مبدأ عدم اختصاص المحاكم القضائية للنظر فـي النزاعـات التـي أبرمت بشأنها اتفاقيات تحكيم، يظهر في المرحلة الإجرائية للتحكيم، بعبارة أخرى، في هذه المرحلة يمكن للقاضي أن يتدخل، إذا اقتضى الأمر وفي أي وقت، ليضمن الـسير الحـسن للمحكمـة التحكيمية، بل حتى بعد مرحلة إعداد القرار التحكيمي[١]، و هذا بطبيعة الحال في التحكيم الخـاص أو الحر *(ad - hoc)*. وعليه يجب أن يطلب من القاضي المختص التدخل لتعيين (٤٥٨ مكـرر ٢)، لـرد (٤٥٨ مكرر ٥) محكم أو أكثر، كما يمكن أيضا طلب مـساعدته لتقـديم الأدلـة أو إقامتهـا (٤٥٨ مكرر١٠)، أو لأخذ تدابير مؤقتة أو تحفظية (٤٥٨ مكرر ٩)[٢] .

---

[٢] . مصطلح معلقة هذا السياق له معا Suspendue

[٣] أنظر Art ١٨٦,٢ (LDIP) Suisse « L’exception d’incompétence doit être soulevée préalablement à toute défense sur le fond ». V sur la question R . BUDIN, *Op Cit,*p ٦٠.

[٤]. إنّ بعض الدول تعد عدم الإختصاص مطلقا لكونه من النظام العام. راجع ع. عباس و ج. هواش، ص ٢٨٧.

[٥] . راجع ع. عباس و ج. هواش، *المرجع السابق*، ص ٣٧٥ و ٣٧٦ - أيضا Ph . FOUCHARD, *Op Cit,* p١٢٨

[١]. أنظر القسم الثالث ا اص "بالاعتراف بالقرارات التحكيمية الصادرة مادة التحكيم الدو وتنفيذها ا ي وطرق الطعن فيها، من المرسوم التشريعي ٩٣-٠٩

[٢]. كل هذه التفاصيل المتعلقة بإجراءات التحكيم ستدرس الفصل الثا من هذا البحث.

ثالثا: حالة بطلان اتفاقية التحكيم :

- وأما الاستثناء الأخير الوارد على المبـــدأ، نستنتجه من اتفاقيــة نيويــورك المتعلقــة بــاعتراف وتنفيـــذ القرارات التحكيمية الأجنبية، إذ في مادتها الثانية الفقرة الثــالثة تنص: "....ما لم تلاحظ المحكمـــة أن الاتفاقية باطلة أو عديمة الأثر أو غير قابلة للتطبيق[٣]. فدون التعمّق في الــشروحات الفقهية، والتعاليق التي صدرت بشأن الغموض الذي تثيره هذه المادة، نكتفي ببعض التوضيح لتــسهيل فهم الاستثناء الوارد على القاعدة. فحسب هذه المادة تكون المحاكم الوطنية مختصة للنظر في النــزاع إذا تبيّن أن شرط أو اتفاق التحكيم كان باطلا *(Caduc)* أو عديم الأثر *(Inopérant)* أو غير قابل للتطبيــق *(Non.susceptible d'être appliqué)* .

للعلم إن هذه العبارة الأخيرة تثير بالخصوص إشكالا في تفسير المادة لعدم دقة المصطلح، وعليه فــإن اتفاقية التحكيم لا تكون مجرد اتفاقية باطلة أو عديمة الأثر فقط، ولكن حسب المادة يمكن أن تكون غير قابلة للتطبيق، مما يترتب عنه مشاكل في إقرار اختصاص القضاة[٤].

- وهكذا فحسب المعاهدة، يعلن القاضي مادة اختصاصه إذا ما تحققت حالة من هذه الحالات الثلاثــة، مما دفع بعض الفقه إلى القول بوجوب إقرار القاضي لاختصاصه تلقائيا ودون مراجعة في مثل هــذه الحالات[٥].

المطلب الثاني : صلاحية المحكم الدولي في إقرار اختصاصه :

- بعد التطرق للأثر السلبي لاتفاقية التحكيم والمتمثل في مبدأ عدم اختصاص المحاكم الوطنية والتــي من المفروض أن تكون مختصة للفصل في نزاع قد أبرم بشأنه اتفاقية تحكيم مستوفية لكــل الــشروط المطلوبة لصحتها، والمتمسك بها أمام القاضي قبل التعرض لأي مسألة في الموضــوع، يمكننــا الآن دراسة الأثر الإيجابي لهذه الاتفاقية، والمجسّد في منح الاختصاص للمحكم الدولي للنظر في نزاع اتفق

---

[٣] . راجع النص الفرنسي للمادة ٣ ف٢ من المعاهدة « ... A moins qu'il constate que la dite convention est caduque, inopérante, ou non susceptible d'être appliquée ».

[٤] أنظر M. HUYS et G KEUTGEN « *L'arbitrage en droit Belge et international* », *Op Cit*, p ٤٩١,
Ph.FOUCHARD, *Op Cit, droit,* p١٣١

[٥] . أنظر . ع. عباس و ج هواش، *المرجع السابق*، ص ٣٧٩.

الأطراف من قبل على أن يفصل فيه عن طريق التحكيم. وبصورة أبسط، نقول أن هذا الأثر يتمثل في مبدأ صلاحية المحكم في إقرار اختصاصه المنصوص عليه في المادة ٤٥٨ مكرر ٧ المقابلـة للمـادة ١٨٦ من القانون السويسري: "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بهـا....". الملاحـظ أن لهذه المادة دور كبير وفائدة بالغة الأهمية في المرحلة الإجرائية للتحكيم، إذ على أساسها يتقرر تطبيق أو عدم تطبيق التحكيم الدولي كوسيلة لفض النزاعات التي تفلت عن معرفة المحاكم العادية، ورغم هذه الأهمية لا تحظى هذه المسألة بإجماع في القوانين المقارنة ولا الممارسة الدولية، الأمر الذي يدفعنا إلى دراسة المبدأ على ضوء القانون (الفرع الأول) والممارسة الدولية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: اختصاص المحكمين في ظل القانون

- سنعالج مبدأ صلاحية المحكمين في إقرار اختصاصهم في القـوانين الوطنيـة (أولا) مـن جهـة، والمعاهدات الدولية التي تخص الجزائر (ثانيا) من جهة أخرى.

أولا : المبدأ في ظل القوانين الوطنية :

- بما أن هذه المسألة هي محل اختلاف، سنحاول التعرض لها في ظل القـانون الجزائـري (أ) ثـم نتطرق لبعض القوانين المقارنة لفهم القانون الجزائري لاسيما في غياب الممارسة (ب).

(أ)- في القانون الجزائري :

- بالرجوع إلى نص المادة ٤٥٨ مكرر ٧ من المرسوم التشريعي الجديد، نجد المبدأ مكرسا في فقرتها الأولى: "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها ...". ويعبر عنه الألمان بمبدأ "اختصاص - الاختصاص" أي *« competenz - competenz »*، وعليه يكون للمحكمين الحق (الصلاحية) في إقرار اختصاصهم وصلاحية النظر في صحة، ومضمون، ومدى اتفاقية التحكيم[1]، إلا أن الفقرة الثانية مـن المادة تعقب وتذكر أن: "تفصل المحكمة في اختصاصها بقرار أولي ..." فيكون مـن البـديهي إذن - حسب هذه الفقرة - أن الفصل في صلاحية المحكمين في إقرار اختصاصهم غير نهائي، بما أن قـرار المحكمة التحكيمية كيّف بالأولي، ومن ثمة يمكن لقاضي التنفيذ، إذا ما أثير المشكل أمامـه بمناسـبة استئناف الأمر المانح للتنفيذ (مكرر ٢٣.أ) أو لطلب إبطال القرار التحكيمي (مكرر ٢٦) من الطـرف المتضرر، أن يفصل في المسألة بصفة نهائية.

---

(1). أنظر ا ام آ رقم ٣ ص ٤٧.

(ب)- في القانون المقارن :

- تعتبر بعض التشريعات أن المحاكم الوطنية هي الوحيدة التي لهـا صـلاحية إقـرار اختـصاص المحكمين مثل ما هو الحال في بلجيكا ولكسمبورغ، وكذا بعض المقاطعات (الكانتونات) السويـسرية، أما في معظم الدول الأوربية والولايات المتحدة الأمريكية وحتى بريطانيا، نجد أن المحكم له الحق في إقرار اختصاصه مع إعطاء إمكانية للطرف المتضرر الطعن في قراره أمام القاضي الـوطني، الـذي يفصل في المسألة بصفة نهائية. وأما الوضع في فرنسا فهو شبيه بالجزائر، إذ يمكن للمحكم الفصل في شرعية اختصاصه والقيود الواردة عليه[٢] بما أن المسألة يمكن أن تثار من جديد أمام القاضي بـصدد استئناف أو إبطال القرار التحكيمي.

- كما نجد أيضا بعض الدول قد ذهبـت أبعـد مـن القـانون الفرنـسي، وذلـك بإعطائهـا الحـق (الصـلاحية) للمحكم لإقرار اختصاصه بصفة نهائية وهذا الحل نجده مكرسـا فـي رومانيـــا ويوغسلافيا سـابقا، وكـذا بلغاريا والإتحاد السوفياتي سابقا. إلا أن ما يشد انتباهنا فـي إطـار هـذه الدراسة، هو الحل الوسط الذي جاء به الاجتهاد القضائي في ألمانيا الاتحادية سـابقا، والـذي يعطـي للمحكمة القضائية الصلاحية للفصل نهائيا في اختصاص المحكمين، ما لم يتفق الأطراف صراحة على إعطاء هذه الصلاحية للمحكم[٣].

- فمن الطبيعي جدا أن يشكل هذا الاختلاف في الأنظمة القانونية الداخلية مصدرا لمـشاكل خطيـرة، وسببا لتزايد الطرق الاحتيالية، بغض النظر عن إمكانية الوقوع في مشاكل التنازع الإيجابي أين يكون فيه كل من القاضي والمحكم مختصين في آن واحد مادامت دعوى التحكيم لم تتم بعد (٤٥٨ مكرر٨)، كما يترتب عن هذا التنوع في الأنظمة التشريعية، نتائج خطيرة تتعارض ومبدأ اسـتقلالية التحكـيم الدولي، بل يمكن أن تمس أيضا بمبدأ حرية الأطراف في اختيار محكمين، لهم مهمة النظر والفصل في نزاعهما، كما تلخصه هذه العبارة :" من غير المعقول أن تكون محكمة تحكيمية مؤهلة للفـصل فـي اختصاصها بصفة نهائية; مقيّدة ومرتبطة (*lié*) بقرار صادر من جهات قضائية أجنبية، خاصة ونحـن نعلم أن كل الدول المعنية، تخوّل صلاحية الفصل في الاختصاص والمراقبة لمحاكمها العادية مما قـد يؤدي إلى تعارض أحكام الهيئتين" [١].

-وما تجدر الإشارة إليه في الأخير، الحل المقترح من طرف المؤتمر الدولي للتحكـيم لـسنة ١٩٦١، الذي كان يهدف إلى وضع قاعدة موضوعية دولية يخوّل للمحكم بمقتضاها صلاحية تقدير إختـصاصه

---

[٢] . أنظر المادة ١٤٦٦ من ق إ . م الفرنسي المؤرخ ١٢ ماي ١٩٨١ . المرسوم رقم ٨١. ٥٠٠ ، المرجع السابق.

[٣] . راجع Ph. FOUCHARD, *OP Cit,* p ١٣٦ et ١٣٧

[١] . أنظر M. HUYS- G. KEUTGEN , *Op Cit,* p ٤٩٤

قصد تجنب الطرق الاحتيالية ومنعها أثناء سير إجراءات التحكيم، ولهذا نجد أن التطبيـق والممارسـة الدولية في مجال التحكيم تسير في هذا الاتجاه[٢] .

ثانيا : المبدأ في القانوDž الاتفاقي الجزائري:

- وعيا منها بالمسألة، لقد حاولت الدول قدر الإمكان الاهتمام بالتطور الذي يعرفه التحكيم ومتطلباتـه الراهنة في ميدان العلاقات التجارية الدولية دون التخلي عن حقها في مراقبة تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية. ولهذا سنحاول التطرق إلى بعض المعاهدات في مجـال التحكيـم، مكتفين بالإشـارة إلـى معاهدتين[٣] تهم الجزائر على الخصوص، نظام التحكيم الجزائري الفرنسي من جهـة (أ) و معاهـدة نيويورك التي أنظمّت إليها الجزائر سنة ١٩٨٨، كما سبق الإشارة إليه (ب).

(أ)- نظام التحكيم الجزائري - الفرنسي المؤرخ في ٢٧ مارس Č٩٨٣ :

- إنّ هذا النظام يكرّس صراحة المبدأ، مقرا للهيئة التحكيمية صلاحية الفصل في الـدفوع المتعلقـة باختصاصها، وكذا الدفوع المتعلقة بوجود أو صحة شرط أو اتفاق التحكيم، إذ تنص إحدى مواده على ما يلي: "تفصل الهيئة التحكيمية في الدفوع المثارة بشأن اختصاصها وكذا كل الدفوع المتعلقة بوجـود أو صحة شرط أو اتفاق التحكيم"[٤].

(ب)- معاهدة نيويورك المؤرخة في Č٠ جواDž Č٩٥٨ :

- إذا ما رجعنا إلى كتابات شرّاح[١] المعاهدة في مجال مسألة اختصاص المحكمين، نجد أنها تميّز بين مرحلتين متتاليتين في سير إجراءات التحكيم.

١. المرحلة السابقة لإعداد القرار التحكيمي :

- ففي هذه المرحلة نجد أن إجراءات التحكيم تتم وفق إرادة الأطراف وحريتهم دون حاجة إلـى سـند تشريعي[٢] وهذا ما جاء في نص المادة الخامسة الفقرة الأولى الحرف د *(Art V.1d)*، وعليه تكون هـذه

---

[٢] . أنظر Ph. FOUCHARD , *Op Cit,* p. ١٤٠ أيضا M. HUYS -G. KEUTGEN, *Op Cit t,* p ٤٩٤

[٣] . هناك معاهدات أخرى مثل: المادة ١٦ من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدو (*CNUDCI*)، المادة ٤١-١ من معاهدة واشنطن المتضمنة إنشاء المركز الدو لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات (*CIRDI*)، والمادة ٥.ف٣ من معاهدة جنيف لسنة ١٩٦١.

[٤] . أنظر المادة التاسعة. الفقرة الثانية من النظام التحكيمي. (ترجمة الطالب).

[١] . أنظر Ph. FOUCHARD , *Op Cit,* p ١٤٦

المادة قد كرست بكل وضوح مبدأ حرية الأطراف في إعطاء المحكمين صلاحية إقرار اختصاصهم في المرحلة الإجرائية للتحكيم،مع إبقاء حق القاضي كمجرد إجراء قضائي، في مرحلة الاعتراف والتنفيذ الجبري لاستحالة استعباده [٣] لكونه من النظام العام الداخلي.

٢. المرحلة اللاحقة لإعداد القرار التحكيمي :

- فبمناسبة طلب التنفيذ الجبري للقرار التحكيمي أو الطعن فيه، يكون للقاضي المخـتص الحـق فـي مراقبة صحة اتفاقية التحكيم وله أن يقرر منح التنفيذ أو منعه، وهذا ما نصت عليه المـادة الخامـسة الفقرة الأولى. الحرف أ من المعاهدة *(Art V. 1)*، وكذا العديد من الأنظمة التشريعية [٤].

الفرع الثاني : مبدأ اختصا ţ المحكميDž في إطار الممارسة الدولية :

- إننا نلاحظ على مستوى الممارسة في حقل التجارة الدولية، لاسيما المتعلقة بمراكز التحكيم الدائمة[5] التي تكرّس في أنظمتها للتحكيم وبشكل واضح مبدأ صلاحية المحكمين في إقرار اختـصاصهم، مـع الإشارة إلى أن هذه الصلاحية، تخوّل في البعض منها للمؤسسة التحكيمية التي لها هياكل قوية تعتمـد على أجهزتها المتخصصة للإشراف والسهر على السير الحسن لإجراءات التحكيم مثل ما هو الحال في غرفة التجارة لدولة يوغسلافيا سابقا[1] والمجر[٢]، وتخوّل في البعض الآخر للمحكمين أنفسهم مثل ما هو جاري العمل به في أوروبا الغربية[٣] وبالخصوص النظام التحكيمي للإتحاد الأوروبـي لتجـار البطاطا بالجملة والغرفة الفرنسية الألمانية لتجار الخضر والفواكه[٤].

كما نجد أيضا مراكز تحكيم أخرى تتف موقفا وسطا، وذلك بتنظيم نوع من التعاون بـين المحكمـين وأجهزتها الدائمة للبت في اختصاص المحكمين، كما هو الشأن بالنسبة لغرفة التجارة الدوليـة *(CCI)*[5] التي تضع حاجزين أمام الدفع بعدم اختصاص المحكمين للنظر في وجود وصحة اتفاقيـة التحكـيم، إذ

---

[٢]. "Ainsi, d'apparence le nouveau texte entend se démarquer par rapport à la tendance qui poussant le libéralisme à l'extrème, reconnait la validité de la convention en dehors de tous support législatif". TARARI-TANI in *Rev* alg, *opcit,* p ٢٧٦.

[٣]. أنظر R . DAVID, *opcit,* p ٣٠٥ - أيضا Ph. FOUCHARD, *opcit,* p ١٤٥

[٤]. أحسن مثال . ا واد ٤٥٨ مكرر ١٨، ٢٣، ٢٦ من ا رسوم التشريعي ٩٣-٠٩

[5]. على سبيل ا ثال. نظام غرفة التجارة الدولية *(CCI)* Règlement. / *رجع السابق.*

[1]. أنظر ا ادة ١٦ من النظام التحكيمي للغرفة، / *رجع السابق.*

[٢]. أنظر ا ادة الأو من النظام التحكيمي للغرفة، / *رجع السابق.*

[٣]. أنظر Ph .FOUCHARD, *opcit,* voir la marge de la page ١٤١

[٤]. أنظر ا ادة ٢ . ف ٢ ا تنص: « Les commissions d'arbitrage sont juges de leurs compétence pour les affaires dont elles sont saisis, elle ont pour la recherche des éléments d'appréciations, les plus étendus ».

[5]. أنظر ا ادة ٨. ف ٣ من النظام التحكيمي لسنة ١٩٨٨ لغرفة التجارة الدولية (CCI)/ *رجع السابق.*

يتمثل الأول في مجلس الغرفة[٦] *(cour)* الذي له دور التأكد من الوجود المادي لاتفاقية التحكيم، وأما الثاني يكمن في مهمة المحكم في تقدير *(Appreciation)* صحة هذه الاتفاقية [٧] .

- ومن هنا نجد هذه المصفاة المزدوجة تعطي ضمانات جدّية لحماية مبدأ حسن النية من جهة، والوقوف أمام الطرق الاحتيالية المستعملة من بعض الأطراف في التمسك بهذا الدفع من جهة أخرى.

- فيكون من الطبيعي والضروري أن نلي اهتماما لهذا المركز وذلك لسببين: يكمن الأول في أهمية المركز على مستوى الممارسة للتحكيم الدولي ودوره الفعّال ومساهمته في بناء الاجتهاد التحكيمي[٨] *(jurisprudence arbitrale)* في تسوية نزاعات التجارة الدولية، أما الثاني فإنه يتمثل في كون المؤسسات العمومية الجزائرية كانت ومازالت تفضل الإحالة إلى نظام المصالحة و التحكيم لهذا المركز لفض نزاعاتها الناشئة عن العقود المبرمة مع متعامليها الأجانب الذين غالبا ما يشترطون إدراج شرط تحكيم، وذلك راجع لشعورهم بالارتياب ونقص الثقة تجاه القانون الجزائري.

ويمكن تبرير هذا الشعور بعدم استقرار القوانين الجزائرية [١] لاسيما في العشرية الأخيرة، بالإضافة إلى رغبتهم في تجنب عراقيل الجهات القضائية الوطنية خاصة تلك التابعة لدول العالم الثالث عموما.

خاتمة الفصل:

- من خلال ما سبق ذكره في هذا الفصل، يظهر أن مفهوم التحكيم التجاري الدولي يرتبط ارتباطا وثيقا بفكرة اتفاقية التحكيم، خاصة شرط التحكيم وما يحظى به من استقلالية، وذلك لما يجسده من حرية كبرى في لجوء الأطراف من عدمه إلى التحكيم الدولي كوسيلة لتسوية النزاع الذي يجمعهما،

---

[٦] . أنظر نظام التحكيمي لنفس ا لمركز *CCI*.

[٧] . أنظر نفس النظام.

[٨] . راجع Sentence ELF. Aquitaine C/ NIOC . également sentence de l’aff n° ٣٩٨٧
« Le tribunal peut-il statuer lui même sur la compétence ou doit-il attendre lorsqu’une partie conteste la compétence de suspendre la procédure et attendre la décision des tribunaux d’Etat? » les arbitres repondent « Il s’agit la d’une cour veuille question litigieuse de caractère théorique, mais elle a été élucidée par les règles de procédure de cour la d’arbitrage, par le législateur Français, et par la conviction juridique internationale et celà, sans équivoque, en faveur de la compétence du tribunal d’arbitrage pour statuer sur sa propre compétence » in *JDI* 1984 p 949. observ Y.DERAINS.

[١] .أنظر N.TERKI « La clause d’entrée en vigeur dans le contrat international de longue durée» in *DPCI* ١٩٨٣ n° ٣

كما أن حريتهما لا تتوقف عند هذا الحد، وإنما تتعداه، إذ للأطراف مطلق الحرية فـي اختيـار نـوع التحكيم، خاص أو نظامي، كما لهم أيضا اختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاقيتهما سـواء تعلـق الأمر بالشكل أو المضمون، بحيث حتى تدخل المشرع لا يكون بهدف تنظيم اتفاقية التحكيم كمؤسـسة *(institution)* قانونية، وإنما لذكر ما يجب أن تتضمنه هذه الأخيرة من بيانات.

- فتجسيد مبدأ سلطان الإرادة يتجلى في إعطاء سلطة النظر والفصل في نزاعـات التجـارة الدوليـة لأشخاص خواص يختارون من قبل أطراف اتفاقية التحكيم، مقصيا في ذات الوقت، اختصاص المحاكم الوطنية للنظر في مثل هذه النزاعات مبدئيا.

الفصل الثاني:

دور الأطراف في المرحلة الإجرائية للتحكيم

- إنّ المرحلة الإجرائية للتحكيم تتجسد في تشكيل وسير المحكمة التحكيمية، وهي مرحلة انتقالية تلي مرحلة إبرام اتفاقية التحكيم التي يغلب فيها الطابع التعاقدي وتسبق مرحلة تنفيذ القرار التحكيمي، والتي تتميز خاصة في التنفيذ الجبري، بالطابع القضائي؛ فبعدما تطرقنا لاتفاقية التحكيم من حيث مضمونها، شروط صحتها، والآثار المترتبة عنها، جدير بنا الآن فحص مدى وجود حرية الأطراف في هذه المرحلة التي تتسم بالطابع الإجرائي، وذلك من خلال دراسة مسألة تشكيلها في مرحلة أولى (المبحث الأول) ثم سيرها في مرحلة ثانية (المبحث الثاني).

المبحث الأول : تشكيل (تأسيس) المحكمة التحكيمية:

- إنّ هدف اتفاقية التحكيم المستوفية للشروط المطلوبة لصحتها يتمثل في إقامة قضاء تحكيمي يختص بالنظر والفصل في نزاعات قائمة، ولهذا يجدر بنا التساؤل حول ما إذا كان لأطراف التحكيم في هـذه المرحلة التي يهيمن عليها كما سبق ذكره الجانب الإجرائي، دور وحرية في تشكيل محكمتهم التحكيمية (المطلب الأول)، أم يكتفون بإثارة (*Déclencher*) الإجراءات فقط؟ وهل لهم أيضا إمكانية إحداث تغييـر ـ إذا تطلب الأمر ذلك ـ على تشكيلتها إذا ما تأسست هذه المحكمة (المطلب الثاني).

المطلب الأول : تشكيلة المحكمة التحكيمية :

- تنص المادة ٤٥٨ مكرر ٨ من المرسوم التشريعي ٩٣-٠٩: "تكون دعوى التحكيم معلقـة عنـدما يرفع أحد الأطراف دعوى أمام المحكم أو المحكمين المعينين في اتفاقية التحكيم، أو عندما يباشر أحـد الأطراف في إجراء تأسيس محكمة التحكيم، في حالة غياب مثل هذا التعيين". قبل الدخول في تفاصيل عملية تشكيل - أو حسب تعبير المشرع التأسيس - محكمة التحكيم، تجب الإشارة إلـى مبـدإ "قيـام الدعوى" (*Litispendance*) ، بحيث القراءة المعمقة لهذه المادة تبين العلاقة الوطيدة الموجودة بين تشكيل محكمة التحكيم وهذا المبدأ، ولاستيعاب هذه العلاقة نقدم بعض الإيضاح بشأن "مبدأ قيام الدعوى":

أ.- لقد سبق القول آنفا، أنّ الأثر الإيجابي لاتفاقية التحكيم المستوفية لكل الشروط المطلوبة، هو إعطاء للمحكمين صلاحية الفصل في اختصاصهم (المادة ٤٥٨ مكرر ٧) وبالتالي منع المحاكم الوطنية من معرفة النزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية. ومن هنا يكون من الضروري في هذه

المرحلة، تحديد بدقة متى تكون دعوى التحكيم معلقة[١] ليتمكن المحكم من ممارسة صلاحيته بمقتضى المادة ٤٥٨ مكرر٨، علما أنّ محكمة التحكيم تكون قائمة من وقت عرض أحد الأطـراف الـدعوى عليها، أو يبدأ في إجراءات تأسيسها، وذلك بتعيين محكمها مباشرة أو باللجوء إلى مؤسـسة تحكـيم (*institution d'arbitrage*)[٢]. يبقى معرفة ما إذا كان مبدأ "قيام الدعوى" ينـتج آثـاره بمجـرد تـسجيل العريضة لدى المحكمة[٣] أو بعدما يقدم المدعي إدعاءاته[٤]. من الصعب الإجابة على هـذا التـساؤل لكون المسألة تعد من الأمور التقنية البحتة للتحكيم، إلا أننا نميل إلى الاقتراح الأول وذلك لتجنب أية عرقلة في سير محكمة التحكيم.

ب.- بالإضافة إلى ذلك، نجد الفوائد العديدة التي تقدمها المسألة، فتطبيق المبدأ يمكّننا من معرفة ما إذا كان الحق في اللجوء إلى التحكيم لم يسقط أو تعدى المواعيد المقررة أو معرفة ما إذا تقادمت اتفاقية

التحكيم، كما يمكنّنا من معرفة ما إذا تقادمت أو انقطعت أم لا المدة المقررة للمحكمين للفصل في الموضوع، وهذا ما يعبر عنه بانتهاء مدة مهمة المحكمين[٥]. كما يسمح لنا هذا المبدأ أخيرا من معرفة ما إذا كان للمدعي عليه الدفع بهذا المبدأ أمام الجهات القضائية إذا ما كانت المحكمة التحكيمية قائمة (معلقة)[٦].

ج.- و يمكننا أن نشير في الأخير، إلى الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ مكرر ٨ التي تؤكد على عدم اختصاص المحاكم القضائية للنظر في موضوع النزاع بمجرد ما تكون دعوى التحكيم قائمة (معلقة)، وذلك لإعمال الاختصاص التحكيمي حسب مفهوم المادة ٤٥٨ مكرر ١٤ و ٤٥٨ مكرر ١٥ من المرسوم التشريعي ٩٣-٠٩.

- بعد التطرق لهذه المسألة، يمكننا وبشكل أسهل دراسة مسألة تعيين المحكمين التي تقوم أساسا على إرادة الأطراف (الفرع الأول)، إلا أنّ إرادة الأطراف الحرّة هذه يمكن أن تحل محلها إرادة المحكمين المعينين من قبلهم في حالات معينة ومحددة (الفرع الثاني).

---

[١]. إن المادة ٤٥٨ مكرر ٨ تستعمل مصطلح معلقة وهو مصطلح لا يؤدي المعنى الصحيح لكلمة *(Pendante)*، وعليه من الأصوب استعمال مصطلح قائمة.

[٢]. أنظر R.RUDIN, *Op Cit,* p٥٧ et ٥٨ أيضا MISSAD, *Op Cit,* p ٣٩٢

[٣]. يكفي تقديم عريضة لدى المحكمة تتضمن أسماء المحكمين دون حاجة إلى ذكر حيثيات النزاع.

[٤]. راجع N.TERKI, *Op Cit,* n° ١٢٧

[٥]. على سبيل المثال، النظام التحكيمي الجزائري الفرنسي لسنة ١٩٨٣ حدد مدة الفصل في النزاع بستة (٠٦) أشهر.

[٦]. أنظر P.LALIVE et E.GAILLARD, *Op Cit,* p٩٣٨ أيضا M.BEDJAOUI et A.MEBROUKINE, *Op Cit,* p ٨٨٧

الفرع الأول : تعيين المحكمين طبقا لاختيار الأطراف :

- بالنظر إلى طبيعة التحكيم التجاري الدولي وهدفه في إبعاد النزاعات عن معرفة الجهات القضائية لعرضها على أفراد خواص، وبناء على مبدأ سلطان الإرادة المعترف به للأطراف، فإن هذه الأخيرة لها مطلق الحرية لاختيار المحكمين سواء كان ذلك في التحكيم الخاص (*ad-hoc*) أو في التحكيم النظامي (*institutionnel*)، وبعبارة أوضح نقول أنّ الأطراف في اتفاقية التحكيم الدولي لهم الحرية في اختيار التحكيم الحر أو النظامي تبعا لطبيعة النزاع، كما لهم الحرية أيضا في تحديد[١] عدد وأشخاص المحكمين[٢] الذين يرونهم مؤهلين لحل نزاعهما. والمادة ٤٥٨ مكرر ٢ تجسد هذا المعنى: "يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم". يظهر من هذه المادة أنّ الأطراف في التحكيم الدولي لهم الحرية في

اللجوء إلى التحكيم، ويكون ذلك إما نظاميا لكونه أسهل ممارسة (ثانيا) وإما خاصـا، إذ يكـون فيـه الأطراف مجبرين على تنظيم كل الإجراءات من بداية التحكيم إلى نهايته (أولا).

أولا : تعييǅ المحكميǅ في التحكيم الخا ţ (الحر) :

- كما سبق ذكره منذ حين، مسألة تحديد عدد المحكمين الذين يشكلون محكمة التحكـيم، وكـذا نـوع التحكيم متروكة للسلطة التقديرية للأطراف عملا بمبدإ سلطان الإرادة المكرس في المادة ٤٥٨ مكـرر ٢ ف ١: "يمكن للأطراف مباشرة... تعيين المحكم أو المحكمين ...". فهذه المادة تـسمح للأطـراف تشكيل محكمة تحكيمية دون اللجوء إلى مؤسسة (*Institution*) دائمة للتحكيم. إذن، إذا اختار الأطـراف هذا النوع من التحكيم وذلك لأسباب عديدة[٣]، يجب أن تنص عليه مسبقا في اتفاقية التحكيم، عكس مـا هو الحال بالنسبة لمكان التحكيم الذي يمكن أن يحدد مسبقا من قبل الأطراف أو يترك تحديده للمحكمة التحكيمية.

- وفي هذا الإطار، نجد بعض التشريعات تعتبر اتفاقية التحكيم غير صحيحة إذا ما تخلف فيها تعيـين اسم أو أسماء المحكمين، ومثال هذا المادة ١٤٩٥ من (ق.إ.م.ج) الفرنسي التي تحيـل إلـى الفـصل الأول، الثاني والثالث منه المنظمة لشرط واتفاق التحكيم، والخاصة بالتحكيم الداخلي، إذ المادة ١٤٤٣ ف٢ تنص على أنّ: "تحت طائلة البطلان، يجب أن يتضمن شرط التحكـيم، إمـا تعيـين المحكـم أو المحكمين،

(١). راجع N.TERKI, *Op Cit,* n° ١٠٠

(٢). راجع E.ROBINE. « Le choix des arbitres » in *Rev Arb*, ٢, ١٩٩٠, p ١٣٥ et sv

(٣). أنظر هذǉ الأسباب أدناǽ، مزايا التحكيم ا اص، ص ٥٥.

وإما تحديد شروط تعيينهم". نفس الشيء بالنسبة لاتفاق التحكيم، حيث المادة ١٤٤٨ ف٢ منـه تـنص: "تحت طائلة نفس الجزاء، إما تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم". وتجب الإشارة هنا إلى أن هذه الأخيرة تقابلها في قانون الإجراءات المدنية الجزائري، المـادة ٤٤٤، والخاصـة باتفـاق التحكيم على المستوى الداخلي لا غير، إذ لا توجد إحالة إليها مثل مـا فعلتـه المـادة ١٤٩٥ والخاصـة بالتحكيم الدولي.

- ومهما يكن من أمر، فإن مثل هذه المواد (التشريعية) تشكل كما أشار إليه الأستاذ "ريني دافيد" عرقلـة كبيرة أمام تطور التحكيم، ولهذا تخلت عنها كل الدول تقريبا، وإن كان ذلك في شروط التحكيم فقط[١].

- إنّ إختيار الأطراف التحكيم الخاص يرجع للمزايا التي يقدمها هذا النوع من التحكيم والتي سنذكرها بإيجاز (أ) إلاّ أنّ هذا الأخير لا يخلو من بعض العيوب (ب).

(أ) - مزايا التحكيم الخا ţ

- كثيرا ما نصادف على مستوى الممارسة التحكيمية تحكيمات خاصة، وذلك راجع للمزايا العديدة التي يقدمها[2]، إذ نجاحه يستوجب حد أدنى من الحرية وحسن النية من جانب الأطراف، مما يجعل هذا النوع من التحكيم يعتبر قضاء (عدالة) خاصا (*Justice privée*) بمعنى الكلمة.

- بالفعل، فإنّ الأطراف باختيارها هذا النوع من التحكيم، فإنها تقصد تجنب تباطأ وعراقيل المحاكم الوطنية، بل تجنب حتى مؤسسات التحكيم، علاوة على الدور الذي يلعبه هذا النوع من التحكيم في الحفاظ على العلاقات التجارية الجيّدة بين الأطراف. إذ في حالة نزاع عارض يكون للأطراف عبر هذه القناة، إمكانيات متعددة وصيغ متنوعة لإيجاد الحلول لخلافها، سيما إذا أبدى الطرفان حسن النية في إفراغ هذا النزاع العابر وديا[3].

---

[1]. أنظر O.CAPATINA « L'accès des tribunaux arbitraux à l'entraide judiciaire? » in *JDI* ١٩٨٤, p ٥٤٩
أنظر أيضا R.DAVID, *Op Cit,* P٣١٨

[2] . زيد من ا علومات، راجع ج.عباس و ج. هواش، *ا رجع السابق*، ص ٤١٢.

[3]. أنظر Ph.FOUCHARD, *Op Cit,* p ٢٤٩

- وفي الأخير يمكننا القول أيضا، ولو بتحفظ، أن التحكيم الخاص يعتبر أقل كلفة من التحكيم النظامي، دون أن ننسى تميّزه بالاحترام الكامل لمبدأ السرية؛ لكن رغم كل هذه المزايا، لم يتمكن هذا النوع من التحكيم تجاوز بعض السلبيات.

(ب) - مساوq التحكيم الخا ţ :

- إنّ سهولة وفعّالية التحكيم الخاص يمكن أن تعترضها حوادث من شأنها أن تعرقل تشكيل وسير المحكمة التحكيمية، كما هو الحال في تأخر أو رفض أحد الخصوم تعيين محكّمه، أو اختلاف الخصوم حول تعيين المحكم الثالث، وهكذا فإن هذا المشكل يمكن معالجته بطرق مختلفة نابعة من الممارسة التحكيمية، والتي أخذت بها تشريعات كثيرة، أو على الأقل البعض منها:

- اتفاق الأطراف عند إبرام اتفاقية التحكيم على طريقة التعيين التلقائي للمحكمين مـن طـرف "الغيـر" المعين مسبقا أو من طرف قاضي وطني، أو
- اتفاق الأطراف على تدّخل مؤسسة دائمة للتحكيم، أو نقابة حرفية، أو
- اتفاق الأطراف على إمكانية طلب تدّخل جهة قضائية لتشكيل المحكمة التحكيمية الخاصة (المادة ٤٥٨ مكرر ٢ ف ٢. أ.ب).

- غير أنه في بعض الحالات، نجد الأطراف لا تشير إلى أي طرف أو سلطة معينة لتولي مهمـة تعيـين المحكميين، فسكوت الأطراف هذا يعتبر أهم عائق في التحكيم الحر، إذ ينتج عنه بطلان الاتفاقية، ومـن ثمة بطلان التحكيم[١].

ثانيا : تعيين المحكمين في التحكيم النظامي :

- لقد اعترفت معظم القوانين الوطنية وكذا المعاهدات الدولية الأكثر أهمية وحداثة[٢] بالمؤسسات الدائمـة للتحكيم، وذلك راجع للمحاسن التي يقدمها هذا النوع من التحكيم، والمتمثلـة فـي الـضمانات المقدمـة للأطراف فيما يخص اختيار وتعيين المحكمين، متجاوزة بذلك احتمال ظهور عراقيل ومشاكل في عمليـة تشكيل محكمة التحكيم التي يمكن أن يخلقها (يسببها) المدعي عليه.

---

(١). راجع H.SCALBERT- L.MARVILLE, *Op Cit*, p ١٢٦-١٣٠

(٢). أنظر على سبيل المثال معاهدة نيويورك لسنة ١٩٥٨، ومعاهدة جنيف لسنة ١٩٦١ . و لمزيد من المعلومات راجع ع. عباس و ج. هواش، *المرجع السابق*، ص ٣٩٨ إلى ٤٠١.

- علاوة على ذلك، نجد أن أهمية المؤسسات الدائمة للتحكيم ودورها في تنظيم التحكيمـات الدوليـة، لا تتوقف في إعداد قوائم المحكمين وطرق تعيينهم، وإنما نجاح هذه المراكز يرجع لعدة عوامل أخرى والتي نلخصها في كونها تتميز بالتنظيم الدائم والمستمر الذي من شأنه ضمان السير الحسن للتحكيم[١]. كمـا أنّ هذه المراكز قد تشهد خاصة بعد التطور الهام الذي عرفته تزايدا في عددها وتنوعا[٢] ملحوظا مـن حيـث المدى والاختصاص، إلا أننا سنهتم بتلك التي لها صبغة عالمية[٣].

- ومهما يكن من أمر، فإن اختيار هذا النوع من التحكيم يفترض إحالة الأطراف على مؤسـسة تحكـيم معينة مثل ما تشير إليه المادة ٤٥٨ مكرر٢ [٤] "يمكن للأطراف .... بالرجوع إلى نظام تحكيمـي تعيـين المحكم....." يجب أن تكون وفقا للقواعد الإجرائية المنصوص عليها، وعليه يكفي للأطراف عند إبـرام اتفاقهم التحكيمي، مجرد الإشارة إلى نظام التحكيمي لمؤسسة دائمة[٥]، التي يكون لها دور تشكيل محكمـة التحكيم لكل قضية تطرح أمامها متجنبة كل الحوادث التي يمكنها أن تعرقل تأسيس وسير المحكمة[٦] دون إهمال مبدأ حرية الأطراف في تنظيم التحكيم.

- إنّ الطلب المتزايد على هذه المراكز من مختلف متعاملي التجارة الدولية ومنهم الكثير مـن الـدول العربية، سمح لها أخذ مكانة هامة في مجال التحكيم، الأمر الذي جعلها ومكّنها من منافسة مؤسـسات الدولة (القضاء) في ميدان تسوية المنازعات، نظرا للمزايا التي تتميز بها، وهذا لا يمنع بطبيعة الحال حدوث مشاكل وصعوبات في مرحلة تشكيل محكمة التحكيم، إلا أنّ تجاوزها وحلها يكون أسهل مـن تلك التي تحدث في التحكيم الخاص.

---

(1). راجع. ع.عباس و ج. هواش، المرجع السابق، ص ٤٠٤ راجع أيضا M.HUYS -G.KEUTGEN, *Op Cit,* p ٤٩٩

(2). راجع نفس المراجع.

(3). أنظر على سبيل المثال: غرفة التجارة الدولية (CCI)، المرجع السابق، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (CNUDCI)، المرجع السابق، المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات (CIRDI)، و أيضا J.ROBERT, *Op Cit*, p ٣٧٣

(4). تقابلها المواد : ١٧٩-١ من القانون السويسري و ١٤٩٣ ف١ من القانون الفرنسي.

(5). أنظر أنظمة غرفة التجارة الدولية (CCI)، الجمعية الأمريكية للتحكيم (AAA) و لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (CNUDCI) لمزيد من المعلومات راجع Ph.FOUCHARD, *Op Cit*, p١٦٥.

راجع أيضا B.OPPETIT. « La clause arbitrale par référence », in *Rev Arb,* ١٩٩٠ P ٥٥١

راجع أيضا M.HUYS - G.KEUTGEN, *Op Cit,* p ٥٢٣

(6). إن موضوع دراسة إجراءات تعيين المحكمين في مختلف الأنظمة لا يدخل في إطار دراستنا، ولذا ننصح بمراجعة .

R.DAVID, *Op Cit,* p ٣٢٩ et sv - M.HUYS G. KEUTGEN, *Op Cit ,* p ٥٢٣ à ٥٣١

الفرع الثاني : تدخل القاضي الوطني في تعيين المحكمين :

- إذا ما ظهرت مشاكل في عملية تشكيل محكمة التحكيم بسبب تخلف أحد الخصوم عن تعيين محكمه، أو في حالة اختلافهم على إجراءات التعيين، نجد العديد من التشريعات تضع قواعد مكملة يمكن للأطـراف اعتمادها لمعالجة هذه الأوضاع، محددة إجراءات تعيين المحكمين في حالة سكوت الأطراف، وكذا تحديد كيفية تأسيس المحكمة التحكيمية، بل وحتى تحديد الإجراءات المتبعة عند حدوث إشـكالات فـي تعيـين المحكمين الذين اختارتهم الأطراف.

- إلاّ أنّ اهتمامنا بمسألة تدّخل "الغير" سينحصر أساسا في تدخل القاضي الـوطني[1] المطلـوب لتـسهيل عملية تشكيل محكمة التحكيم، وبالتالي تنفيذ إرادة الأطراف المعبّر عنها في اتفاقية التحكـيم. والمرسـوم التشريعي ٩٣-٠٩ على غرار التشريعات المعاصرة، وضع قاعدة مكمّلة تصبح واجبة التطبيق في غياب تعيين المحكمين أو إجراءات تعيينهم من قبل الأطراف، إذ تنص المادة ٤٥٨ مكرر٢ ف٢: "وفي غيـاب

مثل هذا التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين ..... يجوز للطرف المعني بالتعجيل أن يقوم بما يأتي :

أ- رفع الأمر أمام رئيس المحكمة المختصة طبقا للمادة ٤٥٨ مكرر٣، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

ب- رفع الأمر أمام رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج، وقرر الأطراف بصدده تطبيق قانون الإجراءات الجزائري.

- لأهمية مسألة تشكيل محكمة التحكيم ودقتها، نحاول التطرق إليها من خلال زاويتين للإحاطة بها، فالأولى تكون حسب القانون الجزائري (أولا) والثانية حسب القانون المقارن، وسنكتفي بالإشارة إلى تشريعين وطنيين، وهما قانون الإجراءات المدنية الفرنسي وتشريع القانون الدولي الخاص السويسري، وذلك اقترابها وتشابهها مع التشريع الجزائري لمعرفة وضعها تجاه المسألة والحلول التي تقدمها(ثانيا).

---

(1) راجع . P.SANDERS « L'intervention du juge dans la procédure arbitrale », in *Rev Arb,* ٢, ١٩٨٠, p ٢٣٣ et sv

<u>أولا : في القانون الجزائري :</u>

- بالرجوع إلى نص المادة ٤٥٨ مكرر٢ من المرسوم التشريعي الجديد، نجد أن المشرع الجزائري كرّس حلا تقليديا معترف به في مجال التحكيم، والمتمثل في إحترام حرية الأطراف سواء تعلق الأمر بتعيين، أو عزل، أو استبدال المحكمين. وفي غياب مثل هذا التعيين، نجد هذه المادة تعالج هذا النقص بافتراض إمكانية تدّخل طرف أجنبي (*Tierce personne*) الذي يتحمل واجب تعيين المحكمين وتشكيل المحكمة التحكيمية وذلك في حالات مختلفة هي :

- سكوت إتفاقية التحكيم عن تعيين المحكمين أصلا.
- امتناع أحد الخصوم عن تعيين محكّمه.
- ظهور صعوبات تعرقل عملية تعيين المحكمين.

- لكن الفقرة الثانية من المادة تعطي للطرف المعني بالتعجيل إمكانية طلب تـدّخل الجهـات القـضائية المختصة، مفترضة حالتين يمكن فيها للقاضي الجزائري التدّخل لتعيين المحكمـين أو تـشكيل محكمـة التحكيم إذا طلب منه ذلك.

(أ) - **إذا كان التحكيم بالجزائر :**

- فحسب نص الفقرة الثانية. أ من المادة ٤٥٨ مكرر٢ يمكن للطرف المعني بالتعجيل "رفع الأمـر أمـام رئيس المحكمة المختصة، طبقا للمادة ٤٥٨ مكرر٣، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر. "نلاحـظ مـن خلال هذه المادة تعدد الجهات القضائية المختصة التي يمكن أن تتدّخل في عملية تعيين المحكمين إذا مـا طلب منها ذلك، إلا أننا نشاطر رأي الأستاذ "إسعد"[1] الذي ينتقد فيه هذا التعـدد غيـر المجـدي "الجهـة القضائية المختصة في المادة ٤٥٨ مكرر٢، الفقرة ٢ (أ) هي المحكمة المحددة في اتفاقية التحكيم، وفـي غياب ذلك، المحكمة التي حددت هذه الاتفاقية مقر محكمة التحكيم ضمن دائرة اختصاصها، أو المحكمـة مقر إقامة المدعي عليه أو المدعي عليهم في النزاع، أو محكمة مقر إقامة المدعي إذا كان المدعي عليه لا يقيم بالجزائر"[2]، عوض الاكتفاء بمعيار مقر المحكمة التحكيمية[3] خاصة وأن الأخذ بمقر إقامة المدعي عليه، يمكن أن يثير إشكالات عديدة بسبب احتمال تواجد موطن أو مقر كلا

---

(1). أنظر M.ISSAD, *Rev Arb*, ١٩٩٣ , *Op Cit,* p ٣٩٣

(2). المادة ٤٥٨ مكرر ٣ من المرسوم التشريعي ٩٣-٠٩.

(3). أنظر المادة ١٧٩ -٢ من القانون السويسري هذا ا ع ، وال تنص صراحة على ما يلي:

" غياب مثل هذه الإتفاقية، يمكن لقاضي مقر المحكمة التحكيمية أن يكون "ملتصا" أي يمكن أن ينظر ع. / *مرجع / مشار إليه أعلاه.*

الطرفين بالخارج، بما أن المادة ٤٥٨ مكرر تشترط ليكون التحكيم تحكيما دوليا "يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج"، وعليه يمكن أن نرى تدّخل قاضي أجنبي لتشكيل المحكمة والـسهر على حسن سير التحكيم الدولي الجاري بالجزائر[1].

(ب) - **إذا كان التحكيم بالخارج واختار الأطراف تطبيق قانون الإجراءات المدنية الجزائري :**

- ففي هذه الحالة، تكون الجهة القضائية المختصة في تعيين المحكم أو المحكمين، رئيس محكمة الجزائر طبقا لنص المادة ٤٥٨ مكرر ٢ ف٢ - ب، فالملاحظ على هذه المادة هو ظهور إرادة المشرع في احترام مرة أخرى إرادة الأطراف المتوجهة نحو تطبيق قانون الإجراءات المدنية الجزائري، ولو كان التحكـيم يجري خارج حدود الجزائر. كما نلاحظ أيضا، أنّ المشرع الجزائري حاول قـدر الإمكـان تفـادي أو بالأحرى إيجاد حلول للمشاكل (الصعوبات) التي قد تثور بشأن تشكيل المحاكم التحكيمية، ومن باب أولى التي تثور بشأن تعيين المحكمين، على الأقل في التحكيمات الدولية التي تجرى بالجزائر[2].

- إذن، يمكننا القول أنّ تدّخل القاضي الوطني متوقف على شرطين، يخص الأول سكوت الأطراف عـن تعيين المحكمين أو ظهور صعوبات بهذا الصدد و أما الثاني يتمثل في ضرورة لجـوء الأطـراف إلـى التحكيم الخاص، إذ تدّخل القاضي الوطني في التحكيم النظامي يكاد يكون منعدما لكي لا نقول أنه لا يحدث أبدا[٣].

- وهكذا يتدخل القاضي الوطني سواء كان ذلك في مرحلة تشكيل محكمة التحكيم أو في مرحلة سـيرها[٤] كمساعد تقني؛ ونشير في هذا السياق إلى نص المادة ٥ ف١ من النظام التحكيمـي الجزائـري الفرنـسي المؤرخ في ٢٧ مارس ١٩٨٣ والتي تنص على أنه في حالة ظهور مـشاكل أو صـعوبات فـي تعيـين المحكمين تكون الجهة القضائية المختصة:

- إما رئيس محكمة الجزائر إذا كان المدعي عليه المتقاعس هو الطرف الجزائري.
- وإما رئيس المحكمة التجارية لباريس إذا كان المدعي عليه المتقاعس هو الطرف الفرنسي[٥].

---

(١). أنظر A.BEKHECHI « L'arbitrage commercial international en droit Algérien » *Rev des relations internationales , ١٩٩٤, p ٦٣.*

(٢). أنظر M.TARARI- TANI, *Op Cit,* p ٢٧٥ et ٢٧٤ أيضا، A.BEKHECHI, *Op Cit,* p ٦٣

(٣). أنظر على سبيل ا ثال: نظام ا صا ة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية ا ؤرخ ١٩٨٨,٠١,٠١ ا ادة ٢ منه، / *رجع السابق*
نظام ا صا ة والتحكيم للجنة الأمم ا تحدة للقانون التجاري الدو ، ا ادة ٦ و٧ منه/ *رجع / شار إليه أعلاه*.

(٤). راجع N.TERKI, *Op Cit,* n° ١١٦

(٥). A.MEBROUKINE " Le réglement d'arbitrage Algéro-Français du ٢٧ Mars ١٩٨٣", in *JDI,* ١٩٨٦ , p٢٠٢

- أما مسألة الإجراءات التي يجب على القاضي الوطني احترامها عند تدّخله، قد نصت عليها المادة ٤٥٨ مكرر٤، والتي تقضي بأنه إذا ما طلب تدّخل القاضي لتعيين المحكمين، يجب أن يكون بموجب أمر على عريضة، ما لم يتبين له من الفحص الموجز لهذه الأخيرة غياب أية اتفاقية تحكيم تربط الأطراف[١].

- وما يثير الانتباه في هذه المادة، هو إمكانية الطعن في هذا الأمر الذي يقبل أو يرفض طلب التعيين الذي يصدره القاضي، وأمام هذا الاستفهام يكون لزاما علينا الرجوع إلى المبادئ العامة المتعلقة بهذا الموضوع في القانون الجزائري، معتمدين على آراء بعض الكتّاب الجزائريين الذين حاولوا التعليق على هذه المادة، إذ يرى الأستاذ "إسعد" أنه من الممكن الطعن بالاستئناف في الأمر الصادر عن القاضي الوطني المختص لتعيين المحكمين بطلب من الخصوم بناء على المبدأ العام المكرّس في القانون الجزائري والـذي مفـاده: "يمكن الطعن في أي حكم قضائي مهما كانت طبيعته إلا ما استثناه القانون صراحة"[٢]. أما الأستاذ "تركي" فإنه يرى عكس ذلك، أي أن أمر القاضي غير قابل للطعن مقدما عدة حجج هي:

- بالرجوع إلى نص المادة ٤٥٨ مكرر٥ في آخر فقرتها "ولا يقبل هذا الأمر أي طريق مـن طـرق الطعن"، إنّ هذه الفقرة جاءت في صلب المادة المتعلقة بردّ المحكمين ولا يوجد أي مانع من توسيع أثر هذه الفقرة على أمر التعيين من باب أولى، خصوصا وأنه أقل خطورة من أمر الرد. كمـا يمكننـا أن ندعم هذا بالتصور الليبرالي المكرّس في المرسوم التشريعي الجديد، ومن ثم لا يعقـل حـصر عـدم القابلية للطعن على أمر الردّ، بل يجب توسيع الأثر على كل الأوامر التي يصدرها القاضي الوطني.

- عملا بمبدأ حرية الأطراف في ميدان التحكيم الدولي، فإن القول بإمكانية الطعن في أمـر التعيـين الصادر عن القاضي يشكل وسيلة مثلى للطرف سيئ النية لاستعمالها بطريقة احتيالية لعرقلـة سـير التحكيم.

---

[١]. أنظر ا ادة ٤٥٨ مكرر ٤ ف ١ من ا رسوم التشريعي ٩٣-٠٩.

[٢]. أنظر M.ISSAD, *Op Cit*, p ٣٩٥ et sv

- كما يمكن اعتماد القانون المقارن - لاسيما الذي اعتمده المشرع الجزائري- لتدعيم هذا الرأي، فـالفقرة الأولى من المادة ١٤٥٧ من (ق.إ.م. ج) الفرنسي[١] تجعل أمر القاضي (رئيس المحكمة) باعتباره قاضـي الاستعجال غير قابل للاستئناف، ذلك لتجنب أي تأخير أو عرقلة، خاصة المفتعلين فـي تـشكيل وسـير محكمة التحكيم[٢].

- من خلال هذه الحجج، يظهر أنّ الرأي الثاني أكثر إقناعا، إلاّ أنه ومهما يكن تبقـى هـذه التفـسيرات والشروح مجرد آراء فقهية، ولهذا كان من الأجدر على المشرع الجزائري الإحالة على المواد الأخـرى لاسيما مواد قانون الإجراءات المدنية الخاصة بهذه المسألة[٣].

- ونشير في الأخير إلى أن مسألة طلب تدّخل القاضي الوطني لتعيين المحكم الثالث أو كما يسمى المحكم الرئيس[٤] يتبع نفس الإجراءات، كما يجب أن يكون من جنسية تختلف عن جنسية الأطراف، مشابها فـي ذلك النظام التحكيمي الجزائري الفرنسي لسنة ١٩٨٣[٥] في مادته الخامسة الفقرة الثانية.

ثانيا : في القانوDž المقارDž :

- يترتب عن سكوت الأطراف عن تعيين المحكمين أو إجراءات تعيينهم في بعض القوانين الوطنية بطلان اتفاقية التحكيم، أي أنّ هذه القوانين لا تضع قواعد مكمّلة يلجأ إليها في مثل هذه الحالات، وعليه لا يقبـل بحال من الأحوال تدّخل الجهات القضائية لإكمال هذا النقص، الأمر الذي يجبر الأطـراف علـى إيجـاد ترتيبات تسمح لها بتشكيل محكمتها التحكيمية بعيدا عن أية مساعدة خارجية مثل ما كان عليه الأمر فـي ألمانيا الفيدرالية سابقا.

- وفي موضع آخر، نجد دول أخرى لا تضع في قوانينها قواعد مكمّلة تحدد كيفية تشكيل محكمة التحكيم في حالة سكوت اتفاقية التحكيم، الشيء الذي دفع ببعض الكتّاب والممارسين إلى التساؤل حول ما إذا كان تدّخل القاضي ممكنا لتكميل النقص فيما يخص تعيين المحكمين أو المحكم الثالث، كما كان سائدا في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي قبل التعديل الأخير لسنة ١٩٨٠؟

(١). أنظر ا ادة ١٤٥٧ من قانون الإجراءات ا دنية الفرنسي ا ديد - أيضا N.TERKI, *Op Cit,* n° ١٨٨

(٢). علومات أكثر راجع - N.TERKI, *Op Cit*, n° ١٢٦

(٣). أنظر ا واد ١٧٢ وما بعدها من قانون الإجراءات ا دنية ا زائري.

(٤). أنظر ا ادة ٤٥٨ مكرر ٤ ف٢ من ا رسوم التشريعي ٩٣-٠٩.

(٥). راجع A.MEBROUKINE, *Op Cit*, notamment l’article ٥ al ٢

- ولهذا نجد غالبية التشريعات الوطنية، خاصة الحديثة منه،ا تتضمن – كما هو الشأن بالنسبة للمرسـوم التشريعي الجزائري الجديد – قواعد مكمّلة تفترض إمكانية تدّخل الجهات القضائية فـي حالـة سـكوت الأطراف لتعيين المحكم أو المحكمين، وهذا الوضع نجده مكرسا أيضا في كل من الدول الأنجلوسكسونية وهولندا وكذا سويسرا(١).

- في نهاية هذا المطلب، نشير إلى أن الأمر لا يجري بهذه الطريقة في كل الأحوال، إذ يمكن أن يحـدث طارئ يفرض تغيير تشكيلة المحكمة التحكيمية بسبب رد أحد المحكمين أو استبداله، وهذا ما سنتطرق إليه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني : تغيير تشكيلة المحكمة التحكيمية :

- يترتب عن ردّ المحكمين تغييرا في تشكيلة المحكمة التحكيمية (الفرع الأول) كما يمكن أن يحدث هـذا التغيير نتيجة ظروف أخرى تخرج عن إرادة الأطراف، الأمر الذي يحتم استبدال المحكمـين المتخلفـين (الفرع الثاني).

الفرع الأول : ردّ المحكمين :

- مثل ما هو الحال بالنسبة للتعيين، يمكن للأطراف الاتفاق مباشرة أو بالإحالة إلى نظام تحكيمي تنظـيم مسألة ردّ (عزل) أو استبدال المحكمين بمقتضى المادة ٤٥٨ مكرر ٢ ف١ "يمكن للأطراف مباشـرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي ... عزلهم أو استبدالهم". إلا أنه في غالب الأحيان، تغفل اتفاقية الأطراف ذكر مثل هذه المسائل، مما دفع بالعديد من التشريعات الوطنية إلى وضع قواعد مكمّلة لسد هذه الثغرات، وذلك بافتراض تدّخل القاضي الوطني للسهر على إجراءات الردّ كما جاء في الفقرة الثانية من نفس المادة "وفي غياب مثل هذا التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين وعزلهم أو استبدالهم يجوز للطـرف المعنـي بالتعجيل أن يقوم بما يلي .....". فمن خلال مجمل المادة نستنتج وجود حالتين للردّ، حالة ردّ المحكمـين دون تدخل القاضي الوطني المختص (أولا) وحالة الرّد مع تدخل هذا الأخير (ثانيا).

(1). أنظر المادة ١٧٩-٢ من القانون السويسري -راجع حول المسألة P.LALIVE et E.GAILLARD, *Op Cit*, p ٩٣٢
R.DAVID, *Op Cit,* p ٣٣٠.

أولا : ردّ المحكمين دون تدخل القاضي :

- إنّ مسألة ردّ المحكمين تخضع هي أيضا لمبدأ سلطان الإرادة وحرية الأطراف إذ يمكنها ردّ أو عـزل محكم أو أكثر إذا لم يستجب للمؤهلات التي اشترطتها أو التي وضـعها نظـام التحكـيم الـذي اختـاره الأطراف، ولمزيد من الإيضاح سندرس في أول الأمر أسباب الردّ (أ) ثم الإجراءات المتبعة لذلك (ب).

(أ) - **أسباب الرد :**

- إنّ أسباب ردّ المحكمين قد حددتها المادة ٤٥٨ مكرر٥ والمتمثلة في:

١. عدم توافر المؤهلات المطلوبة :

- نلاحظ أنّ المشرع قد أعطى للأطراف كامل الحرية لتحديد أسباب ردّ المحكمين، سواء كان ذلك مباشرة بوضعهم لمجموعة من المؤهلات التي يجب أن تتوافر في المحكم، أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي، و منه يبدو إذن أن هذا السبب هو سبب تقليدي يؤخذ به في كل الأنظمة القانونية في ميدان التحكيم الدولي. وعلى هذا الأساس، يمكن للأطراف مثلا، الاتفاق على أن يكون المحكم أستاذا في القانون، تاجرا محترفا في ميدان معين، أو أن يكون مهندسا في الميكانيكا، وبالتالي فإذا لم يستجب المحكم لهذا الشرط، يمكن أن يردّ من قبل الأطراف[1].

٢. الارتياب المشروع في الاستقلالية :

- تذكر نفس المادة سببا أخر لردّ المحكمين، والذي يتمحور حول مفهوم "الارتياب المشروع" في استقلالية المحكم. الملاحظ أنّ المشرع الجزائري على غرار نظيره السويسري[2] فضّل استعمال مفهوم "الاستقلالية" بدل مفهوم "عدم التحيز" أو"النزاهة" الذي ينطوي على بعض الغموض و الذي من

(1). راجع R.BUDIN, *Op Cit,* p ٥٧

(2). أنظر المادة ١٨٠-١ من القانون السويسري/ *مرجع السالف الذكر* - أنظر أيضا. المادة ٢ ف ٧ من النظام التحكيمي لغرفة التجارة الدولية./ *مرجع السالف الذكر.*

(3). يستعمل كل من مصطلح عدم التحيز والنزاهة للتعبير عن معنى المصطلح الفرنسي « Impartialité »

شأنه إثارة صعوبات في مرحلة سير المحكمة التحكيمية[1]. لكن الصعوبة الكبرى تكمن في عملية تقدير مسألة "الارتياب المشروع" في استقلالية المحكمين، لأن هذه الاستقلالية أو عدم التحيز يعد من المسائل الهامة جدا في ميدان التحكيم الدولي، خاصة في مرحلة تعيين المحكمين و التي تمتاز حسب الأستاذ "بخشي" بالذاتية لارتكازها على العامل الشخصي، الأمر الذي يؤثر في نفسية المحكمين ويجعلهم يعتبرون أنفسهم كمحامين للأطراف التي عيّنتهم[2]، ولذا يبقى العنصر الشخصي يتصدر العلاقة التي تربط الأطراف بمحكميهم، مما يجعل تصور التحكيم خارج هذه الثقة الممنوحة للمحكمين من قبل الأطراف من الأمور الصعبة جدا. ولهذا لا يمكن فرض على المحكمين التحلي بالاستقلالية أو حتى عدم التحيّز المطلوبة في القضاة[3].

- ومع ذلك نجد أن مفهوم "الاستقلالية" أكثر موضوعية من مفهوم "عدم التحيّز" خصوصا مع توافر المعايير الدقيقة التي نصت عليها المادة ٤٥٨ مكرر٥-ج "عندما تسمح الظروف بالارتياب المشروع في

الاستقلالية، لاسيما بسبب وجود علاقات اقتصادية أو علاقات مصالح مباشرة أو بواسطة شخص آخر مع طرف من الأطراف". فمن خلال هذه الفقرة، يمكننا الحكم باستقلالية المحكم إذا ما انعدمت أيـة رابطـة اقتصادية بين المحكم والأطراف، أو في حالة غياب مصالح من شأنها منع المحكم من أداء المهام الموكلة إليه بصفة مرضية، سواء كانت هذه الرابطة التي تربط المحكم بأحد الأطراف مباشرة أو غير مباشرة.

واستنتاجا لما سبق، يمكن القول أنه يجب على المحكمين المعينين وبغض النظر عن طريقة التعيين، ومهما كانت صفتهم (محكم، محكم وحيد) ألا يعتبروا أنفسهم محامين للأطراف التي عيّنتهم[٤].

(ب)- إجراءات ردّ المحكمين :

- إنّ الإجراءات المتبعة في عملية ردّ المحكمين بسيطة جدا، وقبل البدء فيها، يجب توافر بعض الشروط، أولها: أن يتحقق في المحكم المعني بالردّ أحد أسباب الردّ المنصوص عليها في المادة المـذكورة أعـلاه، وثانيهما: على الطرف الذي يطلب ردّ المحكم الذي عيّنه بنفسه، ألاّ يكون قبل أو أثنـاء التعيـين، عالمـا بالسبب الذي من أجله يطلب الردّ أو العزل. و هكذا إذا ما تحقق هذان الشرطان،

---

[١]. راجع E.GAILLARD « Les manoeuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international », in *Rev Arb*, ٤, ١٩٩٠ p ٧٥٩ et sv.

[٢]. أنظر M.BEDJAOUI et A.MEBROUKINE, *Op Cit,* p ٨٨٨ أنظر أيضا A.BEKHECHI, *Op Cit*, p ٦٣

[٣]. أنظر R.DAVID, *Op Cit*, p ٣٤٧ et ٣٤٨

[٤]. راجع P.LALIVE - E.GAILLARD, *Op Cit*, p ٩٣٤

على الطرف طالب الردّ إخطار المحكمة التحكيمية والطرف الآخر (الخصم) في أقرب الآجـال بـسبب الردّ[١].

- وفي الأخير، يمكننا أن نشير إلى تعليق الأستاذ "إسعد" حول المسألة للأهمية والفائدة التي تقـدمها علـى المستويين، النظري والتطبيقي، إذ يقول : "إن التمييز بين تعيين، عزل، واستبدال المحكمين مـن جهـة، وردهم من جهة أخرى، يظهر كأنه تمييز اصطناعي في الممارسة والتطبيق، إذ الأسباب التي من أجلهـا يعترض على تعيين محكم أو طلب عزله أو ردّه، يمكن أن تكون نفسها، خصوصا إذا علمنـا أن أسـباب العزل أو الاستبدال ليست محصورة مثل ما هي في الردّ، ولهذا يمكن استعمال أسباب أحدهما بدل الآخر، أي استعمال العزل مثلا، بدل الردّ[٢].

ثانيا : تدخل القاضي في ردّ المحكمين

- لسبب أو لآخر يمكن طلب تدّخل القاضي للفصل بين الخصوم في مسألة ردّ المحكمين، بحيث الفقرة الثالثة من المادة ٤٥٨ مكرر٥ تنص: "وفي حالة النزاع وما لم تقم الأطراف بتسوية إجراءات الـردّ. يفصل القاضي المختص وفقا للمادة ٤٥٨ مكرر٢ بأمر بناء على طلب من الطرف المعني بالتعجيـل". يترتب عن هذه الفقرة إمكانية تدّخل القاضي المختص وفقا للمادة ٤٥٨ مكرر٢[٣] للفصل في مشاكل ردّ المحكمين إذا ما تحقق شرطين: فأما الأول، فيخص شرط عدم ذكر الأطراف إجراءات الردّ في إتفاقية التحكيم، وأما الثاني، فهو نشوء نزاع بين الأطراف حول إجراءات ردّ المحكمين[٤].

- كما تجب الإشارة إلى أنّ القاضي المختص، لا يمكنه التدّخل في إجراءات الردّ - مثل ما هو الحال في إجراءات التعيين - من تلقاء نفسه، وإنّما يكون ذلك بطلب من الطرف المعني بالتعجيل، علمـا أن تدّخله يكون عن طريق أمر غير قابل لأي طعن من الطعون "ولا يقبل هذا الأمر أي طريق من طرق الطعن"[٥].

---

(١). أنظر ا ادة ٤٥٨ مكرر ٥ ف٢.

(٢). أنظر M.ISSAD, *Op Cit,* p ٣٩٥ راجع أيضا M.TARARI- TANI, *Op Cit,* p. ٢٧٤

(٣). أنظر التحليل ا اص با ادة ٤٥٨ مكرر٢ الفصل الأول.

(٤). .ﻜﻦ أن يثور نزاع ب الطرف ا ﻌ بالتعجيل (طالب الرد) وا كمة التحكيمية نفسها.

(٥). أنظر ا ادة ٤٥٨ مكرر ٥ ف.٤.

- فبعد معرفة أسباب وإجراءات ردّ المحكمين، يمكننا الانتقال إلى الطريقة الثانيـة لتغييـر تـشكيلة المحكمة التحكيمية، والمتمثلة في الاستبدال كما هو منصوص عليه في المادة ٤٥٨ مكرر ٢ ف١.

الفرع الثاني : إستبدال المحكميDž :

- أما مسألة استبدال المحكمين المشار إليها بصفة سطحية وموجزة جدا في القسم الثاني من المرسـوم التشريعي، نجد المادة المتعلقة بالموضوع[١] تنص على أنه يمكن للأطراف مباشـرة أو عـن طريـق الإحالة على نظام تحكيمي تنظيم إجراءات استبدال المحكمين المتخلفين، أو الذين يتغيبوا بعد تعييـنهم بصفة نظامية لسبب من الأسباب، ونذكر منها على سبيل المثال الوفاة، أو المرض أو فقدان الأهليـة. هذه الأسباب المادية والقانونية تمنع المحكم من أداء المهام الموكلة إليه، كما يمكن أيضا استبدال محكم لسبب عدم تنفيذه لالتزاماته أو لسبب طلب تنحيته بعد الاتفاق مع الأطراف. ينتج عن هذا إجراء تعيين جديد لمحكم آخر بدل المتخاف في نفس الشروط[٢] وبنفس الإجراءات التي اتبعت لتعيين سـابقه الـذي أجراه الأطراف أو المحكمة التحكيمية[٣].

- إنّ انتقال هذا الحق للمحكمة القضائية لتعيين و ردّ واستبدال المحكمين له فائدة كبيرة وفعاليـة فـي التصدي للطرق الاحتيالية التي يمكن أن يستعملها أحد أو كلا الطرفين لمنع أو عرقلة التحكـيم، كـأن يعرض الطرف سيئ النية نزاعه على عدة جهات قضائية مختبئا وراء تمسّكه بتطبيـق المـادة ٤٥٨ مكرر ٢ ف ٢.

- فبعد استيفاء مرحلة تشكيل محكمة التحكيم وتحضير كل الظروف اللازمة لذلك من تعيين للمحكمين وإجراء التغييرات إذا ما تطلب الأمر ذلك، يمكن لهذه الأخيرة الشروع فـي المهمـة المنوطـة بهـا، والمتمثلة في النظر في النزاع المعروض عليها بإتباع قواعد إجرائية من جهة، والبت فيه مـن جهـة ثانية، وهذا سيكون موضوع المبحث الثاني.

---

[1]. أنظر ا ادة ٤٥٨ مكرر ٢.
[2]. الشروط ال تضعها الأطراف إتفاقية التحكيم، أو الشروط ا نصوص عليها النظام التحكيمي ا ال إليه.
[3]. راجع R.DAVID, *Op Cit*, p٣٦٩

المبحĶ الثاني : سير محكمة التحكيم:

- إنّ جوهر التحكيم هو تسوية النزاع عن طريق قرار يصدره قضاة خواص يسمون محكمين، تكـون له شكل وقوة الحكم، وهو يعتبر بهذا الشكل طريقة خاصة لتسوية خلافـات التجـارة الدوليـة *(Extra Etatique)* تتميز عن تلك الخاصة بالدول، مما دفع بالبعض تسمية القرار التحكيمي الصادر عن محكمة التحكيم بالقرار غير الوطني[1] *(Anational)*، إلاّ أنّ قبل إصدار هذا القرار لابد من إتباع مجموعة مـن الإجراءات والقوانين، منها ما يخص إجراءات سير المحكمة التحكيمية المختصة بالنظر فـي النـزاع (المطلب الأول) ومنها ما يخص القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع (المطلب الثاني).

المطلب الأول : القانوǻ الواجب التطبي5 ǍلY إجراءا ا سير محكمة التحكيم :

- تلعب إرادة الأطراف في هذا المجال دورا أساسيا، إذ يمكن للأطراف عن طريق اتفاقيـة التحكـيم، تحديد القواعد التي تنظم إجراءات الهيئة التحكيمية، علما أنّ المسألة قبل صدور المرسوم الجديد ٩٣-

٠٩ كانت تنظمها المادة ٤٤٦ ف١ من (ق.إ.م.ج)[٢] التي تحيل إلى القواعد العامـة فـي الإجـراءات المتبعة أمام المحاكم. أما القانون الجديد، والذي يتميز بمرونة كبيرة في أحكامه، ينص في مادته ٤٥٨ مكرر ٦ على مايلي: "يمكن اتفاقية التحكيم أن تضبط الإجراء اللازم إتباعه في الهيئة التحكيمية مباشرة أو بناء على نظام تحكيمي. كما يمكنها إخضاع هذا الإجراء إلى قـانون الإجـراءات الـذي تحـدده الأطراف فيها" (الفرع الأول)، كما تنص المادة في فقرتها الأخيرة على حل آخر فـي حالـة غيـاب التعبير الصريح للأطراف (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تحديد الأطراف للقانون الإجرائي الواجب التطبيق :

- من خلال عبارات الفقرة الأولى من المادة المذكورة أعلاه، نلاحظ أن المشرع الجزائـري اعتمـد قاعدة موضوعية فيما يخص تحديد (تعيين) القانون الإجرائي الواجب التطبيق، مكرسا بذلك مبدأ حرية الأطراف[٣]، إذ بمقتضى هذا المبدأ، يمكن للخصوم تنظيم الإجراءات التي تحكـم هيئـتهم التحكيميـة بطريقة مباشرة[٤]، أو عن طريق الإحالة على نظام تحكيمي أو إلى تشريع وطني.

---

(١). أنظر Ph.FOUCHARD, *Op Cit*, ٢٩٧

(٢). أنظر. قانون الإجراءات ا دنية ا زائري.

(٣). Ʊد ا بدأ مكرس معاهدة نيويورك لسنة ١٩٥٨ ا ادة ٥ ف١./ *رجع السالف الذكر.*

(٤). يكون ذاǑ التحكيم ا اص.

- ومن هنا نستنتج أنّ المشرع أراد - كما يعتقده بعض الكتّاب - تحرير التحكيم من هيمنة التشريعات الوطنية[١].

- من جهة أخرى، نجد القانون الدولي الاتفاقي هو أيضا يكرّس مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الإجرائي الذي يحكم محكمتهم التحكيمية، وأحسن مثال على هذا المادة ٥ -١- د من معاهدة نيويورك لسنة ١٩٥٨، وكذا معاهدة جنيف لسنة ١٩٦١ في مادتها الرابعة لفقرة ١.أ – ب[٢]. نفس الشيء لاختيار الأطراف لنظام من الأنظمة التحكيمية لمؤسسات دائمة للتحكيم، فإن القواعد الإجرائية لهذا النظام هـي التي ستطبق على سير محكمة التحكيم مثل ما تنص عليه المادة ١١ من نظام غرفة التجارة الدوليـة، والمادة ١٢ من النظام التحكيمي الجزائري الفرنسي لسنة ١٩٨٣.

الفرع الثاني: غياب تعيين الأطراف للقانون الإجرائي الذي يحكم محكمة التحكيم:

- لقد تداركت الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه الحالات التي تكون فيها اتفاقية التحكيم ناقـصة فيما يخص تعيين الإجراءات المطبقة على محكمة التحكيم، وذلك بتكريسها نفس الحل المعتمد في المادة

١٤٩٢- ف٢ من (ق.إ. م. ج) الفرنسي والمادة ١٨٢-٢ من التشريع المتعلق بالقانون الدولي الخاص السويسري[٣]، والمتمثل في تدّخل المحكمين لتعيين القانون الإجرائي الذي سيحكم المحكمة التحكيمية، والتي تنص: "وإذا لم تنص الاتفاقية على ذلك ولم يحصل اتفاق بين الطرفين، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراء مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيمي، كلما تطلبت الحاجة إلى ذلك".

- فإننا نلمس من حرية التصرف المخولة للمحكمة التحكيمية[٤] الدور الكبير الذي يلعبه المحكمون في عملية تعيين القانون الإجرائي الواجب التطبيق على سير الهيئة التحكمية من جهة (أولا) وكذا الدور الكبير المنوط بهم أثناء عملية التحقيق في القضية من جهة أخرى (ثانيا).

---

[١]. راجع. ع عباس - ج. هواش، *المرجع السابق*، ص ٤٤١ - راجع أيضا N. TERKI, *Op Cit*, n° ١٣٠ in fine

[٢]. أنظر أيضا المادة ١٩-١ من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي المؤرخ ١٩٨٥/٠٦/٢١. Annexe, J.ROBERT, *Op Cit*,

[٣]. أنظر أيضا المادة ٤ من معاهدة جنيف لسنة ١٩٦١./ *المرجع السالف الذكر*.

[٤]. أنظر. E.GAILLARD « Les manoeuvres dilatoires... », *Op Cit,* p. ٧٨٠

<u>أولا: إختيار المحكمين للقانون الواجب التطبيق على إجراءات محكمة التحكيم:</u>

- كثيرا ما نجد في التحكيمات الخاصة اتفاقيات تحكيم تغفل تنظيم كل الجوانب الإجرائية مما يجعل هذه الأخيرة معيبة[١] (*Pathologique*) بصفة جزئية، فتكون قابلة للتصحيح، كما نجد أيضا حالات أخرى يمتنع فيها الأطراف -سهوا أو عمدا- عن تحديد القانون الإجرائي الواجب التطبيق في سير المنازعة، تاركين الأمر للمحكمة التحكيمية المختصة (٤٥٨ مكرر٦ ف٣)، ومن ثمة يكون للمحكم تعيين القواعد الإجرائية التي ستحكم سير وعمل هيئة التحكيم، وذلك إما بالرجوع إلى القانون الوطني الذي يراه أكثر ارتباطا بالتحكيم محل النظر، وإما بالرجوع إلى نظام تحكيمي يراه أكثر ملائمة، أو تعيين القانون الذي تتجه إليه الإرادة الضمنية للأطراف. وفي غياب مثل هذه الاختيارات، يختار بنفسه وبكل حرية مجموعة من القواعد الإجرائية لتنظيم سير المحكمة.

- ما يجلب الانتباه في هذه المسألة هو الحرية الكبيرة المعطاة للمحكم الدولي في عملية تعيين الإجراءات الواجب تطبيقها دون أي قيد، إلاّ أنه ما يعاب على هذه المادة، تغاضيها قانون مقر إجراء التحكيم وإن كان في الجزائر[٢].

- يمكننا تبرير هذا الإغفال بمحاولة المشرع الجزائري مسايرة التيار الفقهي القائل بأنه من أسباب نجاح التحكيم هو عدم حصره في القواعد الجامدة التي تتضمنها القوانين الإجرائية الوطنية، والتي غالبا ما تكرّس معيار قانون المقر مثل ما هو الحال في القانون السويسري والقانون الفرنسي[٣]، متفاديا بذلك الانتقادات الموجهة للتيار الثاني الذي يدعو إلى فرض حد أدنى من القواعد الإجرائية على الأطراف والمحكمين بحجة إعطاء نوع من الضمان والتبصر القانونيين اللازمين. والقانون الإنجليزي الخاص بالتحكيم لسنة ١٩٥٠ (*Arbitration act*) يجسّد هذا التيار، بحيث المادة ١٢ منه[٤] تجبر المحكم إتباع الإجراءات المعتمدة أمام المحاكم الإنجليزية[٥] ما لم يوجد اتفاق بين الأطراف يقضي بخلاف ذلك[٦].

---

(١) . راجع. H.SCALBERT-L.MARVILLE «Les clauses compromissoires pathologiques », *Rev Arb,* ١٩٨٨ p١١٧.

(٢) . راجع. P.LALIVE- E.GAILLARD, *Op Cit,* p ٩٣٦. - أيضا. M.BEDJAOUI- A.MEBROUKINE, *Op Cit*, p ٩٨٠.
V. Art ١٠٣٦ à ١٠٤٦ du N.C.P.CIV NEERLANDAIS - V aussi Art ١١ du Regl d'arb CCI ١٩٧٨.

(٣) . أنظر المادة ١٨٢-٢ من القانون السويسري. والمادة ١٤٩٢-٢ من القانون الفرنسي.

(٤) . أنظر المادة ٤٥٨ مكرر ٦ ف٣.

(٥) . أنظر المادة ٢ ف١ (أ، د،) من معاهدة نيويورك لسنة ١٩٥٨.

(٦) . راجع. C.REYMOND, *Op Cit*, p ٤٠١ et ٤٠٢. أنظر المادة ١٠٣٦ إلى ١٠٤٦ من قانون الإجراءات المدنية الهولندي الجديد، أيضا المادة ١١ من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية.

- وفي الختام، نذكّر بنقطة جدّ هامة تتمثل في ضرورة اجتناب كل من الأطراف والمحكمين الاصطدام (مخالفة) أثناء ممارسة حريتهم في تعيين القانون الواجب التطبيق على إجراءات محكمة التحكيم بالنظام العام الدولي[١] المنصوص عليه في المرسوم التشريعي الجديد، وإن كان على الأقل في التحكيمات الخاضعة لإحكامه[٢].

ثانيا: الإجراءات المتبعة من طرف المحكمين أثناء التحقيق في القضية:

- قبل المرور إلى دراسة موضوع القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، من الضروري تسليط الضوء ولو بإيجاز، على مسألة مدى اختصاص محكمة التحكيم، أو بعبارة أدق، سلطة المحكمين في الأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية.

- في الحقيقة، يتوقف مدى اختصاص المحكمة التحكيمية أساسا على اشتراطات اتفاقية التحكيم، ففي حالة سكوت[٣] هذه الأخيرة، يتدخل المشرع مشيرا إلى أنّ لمحكمة التحكيم "أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تدابير تحفظية بطلب من أحد الأطراف إلاّ إذا كانت هناك اتفاقية مخالفة"[٤]، كما يمكن أيضا أن: " تباشر محكمة التحكيم بنفسها تقديم الأدلة"[٥].

وعليه يكون المشرع قد خوّل للمحكمة التحكيمية المختصة هاتين السلطتين بهدف تدعيم السير الحسن للتحكيم الدولي، والتي تكون محل دراسة النقطتين التاليتين:

(أ) - التدابير المؤقتة والتدابير التحفظية:[٦]

- بهدف إعطاء أكبر قدر من الفعّالية للمؤسسة التحكيمية، لم يرد المشرع الجزائري إبقاء التدابير المؤقتة والتحفظية من احتكار صلاحيات المحاكم القضائية، وإنّما خوّل للمحكمين هذه الصلاحية على

---

(١) . أنظر المادة ٤٥٨ مكرر ٢٣ -راجع أيضا M.HUYS- G.KEUTGEN, *Op Cit,* p. ٥٦٣ et ٥٦٤

(٢) . راجع. H.VAN HOUTTE « La loi applicable à l'arbitrage international » in *Rev dr inter et dr comparé* n° ٢-٣, ١٩٨٦ p ٢٨٥

(٣) . إنّ سكوت إتفاقية التحكيم هنا لا يعني إقصاء هذه التدابير .

(٤) . أنظر المادة ٤٥٨ مكرر٩ ف١.

(٥) . أنظر المادة ٤٥٨ مكرر ١٠.

(٦) . راجع. R.MENDEZ "L'arbitrage international et mesures conservatoires", in *Rev Arb* ١, ١٩٨٥ p٥١. Ph.OUKRAT «L'arbitrage commercial international et les mesures provisoires: étude générale », DPCI, 1988 n°2 p239.

غرار القضاة إذا ما طلب منهم الأطراف ذلك، منتهجا في ذلك نهج النظام التحكيمي الجزائري الفرنسي لسنة١٩٨٣[١].

- للتذكير، يتخذ تدبير مؤقت أثناء سير الدعوى للفصل مؤقتا في وضعية (مسألة) مستعجلة، في انتظار الحل النهائي لها. أما التدبير التحفظي يهدف إلى المحافظة على حق أو عين ريثما يفصل في الموضوع، كما يسمح هذا التدبير للطرف الذي يطلبه ضمان فعّالية القرار التحكيمي الذي سيصدر مستقبلا، أو على الأقل يجنب الآثار غير المرغوب فيها لهذا القرار. إن هذه التدابير (المؤقتة والتحفظية) تكون دائمة استعجالية، تبعية ومؤقتة، مصيرها متوقف على ما يجيء به القرار التحكيمي النهائي[٢]. وهكذا يمكن للمحكم -ما لم تنص اتفاقية التحكيم على خلاف ذلك- ليس فقط أن يوصي بأخذ هذه التدابير، وإنما له أن يأمر بها بموجب أمر.

- وفي هذا الإطار، يمكن تصور تدّخل القاضي المختص مطبقا قانونه الخاص في حالة ما إذا رفض أحد الأطراف الإمتثال لأمر المحكمين الصادر بشأن التدابير، علما أن تدخله لا يتنافى مع الإجراءات التحكيمية، أو بالأحرى لا يتنافى مع صلاحيات المحكمين، وهذا ما تؤكده المادة ٤٥٨ مكرر٩ ف٢ إذ تنص على ما يلي: "وإذا لم يخضع المعني بالأمر بمحض إرادته لهذه التدابير، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب مساعدة القاضي المختص و يطبق هذا الأخير قانونه الخاص". للإشارة إن قانون القاضي

المتدخل لاسيما قانونه الإجرائي يكون بمثابة حاجزا أمام تدبير يكون مخالفا لقواعده الآمـرة، كمـا أن الأمر بمثل هذه التدابير يمكن أن يكون مرفوقا حسب الفقرة الثالثة من المادة بالضمانات التـي يراهـا المحكم أو القاضي مناسبة، يقدمها الطرف الطالب لها.

- تبقى مسألة معرفة ما إذا كان أمر المحكم - إذا خوّلت له اتفاقية التحكيم ذلك - أمـرا نهائيـا، أي بمثابة قرار تحكيمي أم العكس؟ الإجابة عن هذا التساؤل تصادف أراء مختلفة نختصرها في ما يلي:

- إنّ الرأي الأول يعتمد على تفسير أحكام معاهدة نيويورك التي انضمت إليها الجزائر، والتـي تقّر باعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية المتضمنة لتدابير مؤقتة أو تحفظية. كما نجـد أيـضا العديد من التشريعات الوطنية المتعلقة بالتحكيم الدولي، تعترف لكل من القاضي والمحكم بمثل هذه الصلاحية.

(1) . أنظر المادة ١٤-١ من النظام التحكيمي الجزائري الفرنسي لسنة ١٩٨٣.أيضا عبد الرحمن بومدين، *المرجع السابق*، (ملحق). ص ٣٦٠.

(2) . أنظر بالضبط عبارات الأستاذ بخشي "Rappelons que la mesure provisoire est prise pour une durée d'un procés afin de régler momentanément une situation urgente en attendant la solution définitive, par contre la mesure conservatoire vise la sauvegarde d'un droit ou d'une chose. La mesure conservatoire est toujours urgente et permet à la partie qui la demande de garantir l'effectivité de la sentence arbitrale qui sera rendue, ou se prémunir contre les effets défavorables d'une sentence. Les mesures provisoires et conservatoires sont toujours urgentes, accessoires, temporaires et sans conséquences sur le principe. Elles peuvent se confondre, et leur sort dénitif dépend de la sentence arbitrale elle-même". A.BEKHECHI, *opcit*, p ٦٥.

بالإضافة إلى هذا هناك إتجاه آخر جاء به الاجتهاد القضائي فـي الولايـات المتحـدة الأمريكيـة والمعتمد على التفسير الضيق لنص المادة الثالثة، الفقرة الثانية من المعاهدة، والذي مفاده منع تدّخل الجهات القضائية لمنح التدابير المؤقتة والتحفظية[1]. خلاصة هذا الرأي بمختلف تياراته، يعتبر أمر المحكم بمثابة قرار تحكيمي.

- أما الرأي الثاني، فإنه لا يعتبر أمر المحكم، وإن كان ملزما للأطراف، قرارا تحكيميا قابل لأن يكون محل طعون محتملة، وبهذا المعنى لا يمكن لهذه الأوامر أن تحظى (تكتـسي) بالطـابع التنفيذي بمجرد تحريرها، وعليه يكون تدّخل الجهات القضائية إجراء ضروريا ذا دور مقـرّر في سير الإجراءات[2].

- أمام هذا الاختلاف، يكون من الصعب إعطاء إجابة جازمة ودقيقة، خصوصا فـي غيـاب اجتهـاد قضائي جزائري في مجال التحكيم، ومع ذلك يمكن القول بصفة عامة، أنه نادرا ما نجد تـشريعات أو معاهدات دولية لاسيما الحديثة، تعترض على تدّخل القاضي الوطني، لأنها تعتبر هـذا الأمـر غيـر متعارض مع صلاحية المحكمة التحكيمية ولا يضيّق من مداها، والمادة ٤٥٨ مكرر٩ تؤكد على هـذا الاتجاه العام[3]. كما يمكن للأطراف أيضا وفي حالات معينة، مع مراعاة أحكام المادة ٤٥٨ مكـرر٩، اللجوء مباشرة إلى القاضي المختص لطلب تدبير عملا بالفقرة الأخيرة من المادة ٤٥٨ مكرر١١ التي

تنص على: "... جاز لمحكمة التحكيم والأطراف المتفقة معها أن تطلب بناء على عريضة، مساعدة القاضي المختص وفقا لأحكام المادة ٤٥٨ مكرر٢، ويطبق هذا القاضي قانونه الخاص".

- إلى جانب سلطة الأمر بالتدابير المؤقتة والتدابير التحفظية، أعطى المشرع أيضا المحكمين أثناء التحقيق في القضية سلطة مباشرة تقديم الأدلة لإعطاء محكمة التحكيم فعّالية، وعليه السهر على السير الحسن للإجراءات.

---

[1] . أنظر٦٥ A.BEKHECHI, *Op Cit*, p

- أيضا- F.R.MANDEZ "Arbitrage international et mesures conservoitoires", in *Rev Arb*, ١, ١٩٨٥ p. ٥١ et sv

[2] . أنظر. M.BEDJAOUI- A.MABROUKINE, *Op Cit*, p ٨٩٢

[3] . أنظر ا ادة ١٨٣-٢ من تشريع القانون الدو ا اص (LDIP) السويسري، وا ادة ٢,١٢ و١٢. ٦ من وثيقة التحكيم الإنجليزية تنص على أنه يمكن للمحكمة التحكيمية بإصدار ما يسمى "Interim Protection Orders".

. كما أن معاهدة واشنطن سنة ١٩٦٥ تكرس مبدأ حصر اختصاص النظر ا و ع للمحكمة التحكيمية لكن دون أن ينصرف (تمتد) ذلك إ التداب ا ؤقتة والتداب التحفظية.

. أنظر ا ادة ٩ و٢٦ من القانون النموذجي للجنة الأمم ا تحدة للقانون التجاري الدو .

. إن نظام التحكيمي للجمعية الأمريكية للتحكيم يعرف ويقر نظام التحكيم الإستعجا ، على غرار القضاء الإستعجا الوط .

. وأخ ا نظام الإستعجا ا قبل التحكيم لغرفة التجارة الدولية. للاستفاضة حول ا سألة راجع ٨٣٥ Rev Arb, ١٩٩٠ p.

(ب)- تقديم الأدلة:

- تندرج هذه المهمة في المقام الأول ضمن المهام المنوطة بالمحكمة التحكيمية طبقا للإجراءات التي تحكم سيرها وعملها كما جاءت في نص المادة ٤٥٨ مكرر١٠: "تباشر محكمة التحكيم بنفسها تقديم الأدلة" بما أنّ هذه المادة تقابل المادة ١٨٤-١ من القانون السويسري يمكننا إذن الاعتماد على الاجتهاد القضائي السويسري في هذا الشأن، مكتفين بالإشارة إلى ملاحظتين هامتين، والمتمثلة من جهة في الحرية الكبيرة الممنوحة للأطراف والمحكمين فيما يخص تنظيم الإجراءات لاسيما المتعلقة بالإثبات، ومن جهة ثانية، إمكانية اللجوء إلى القاضي المدني المختص في حالة وقوع إشكال.

وتأكيدا لهذا، نجد أن المرسوم التشريعي٩٣-٠٩ لم يضع أي قيد على سلطة محكمة التحكيم في عملية التحقيق في موضوع النزاع، وذلك باستعمالها كل الوسائل الممكنة التي تراها ملاءمة، ما لم تخالف النظام العام الإجرائي[1].

- ومع ذلك، يمكن للمحكم عند الضرورة، طلب المساعدة من القاضي المختص[2] لإجبار الشهود على المثول أمام الهيئة التحكيمية، أو لإجراء إنابة قضائية أو حتى لإجبار أحد الأطراف أو الغير على تقديم

وثيقة معينة مثلا[٣]، كما أن هذه المادة تعطي للأطراف إمكانية طلب المساعدة مباشرة من القاضي المختص، عند الاقتضاء وبالاتفاق مع المحكمة التحكيمية.

- وما يثير الانتباه، أن المادة ٤٥٨ مكرر١١ تنص على حالات أخرى لتدّخل الجهات القضائية المختصة دون ذكرها، مما دفع بعض الكتّاب إلى اعتبار هذه القاعدة "بند مظلّة"[٤] أي أنها تغطي كل الحالات العديدة والمتنوعة لهذا التعاون والتي لا يمكن حصرها، الأمر الذي يجعل هذه القاعدة ضرورية لفائدتها العملية الكبيرة في ضمان السير الحسن للإجراءات التحكيمية[٥].

- وهكذا ينتج عن مبدأ حرية الأطراف في اختيار القواعد الإجرائية أو تلك الممنوحة للمحكمين بصفة عامة، وفي إجراءات الإثبات بصفة خاصة، إمكانية اللجوء إلى طريقة أو بالأحرى إلى تقنيات

---

[١] خاصة النظام العام الإجرائي لقانون مقر المحكمة التحكيمية.

[٢] راجع. O.CAPATINA « L'accés des tribunaux arbitraux à l'entraides judiciaires internationales » in, *JDI٤, ١٩٨٤, p ٥٥١ et sv*

[٣] أنظر نفس الموضوع المعاهدة الدولية المتعلقة بالإجراءات المدنية المؤرخة ١-٣-١٩٥٤ بلاهاي، وكذا معاهدة لاهاي المؤرخة ١٩٦٥,١١,١٥ المتعلقة بالتبادل الدولي للعقود القضائية وشبه القضائية - راجع أيضا R.BUDIN, *Op Cit*, p ٥٩.

[٤] تسمى باللغة الفرنسية: "clause parapluie".

[٥] راجع. P.LALIVE - E.GAILLARD, *Op Cit,* p ٩٤٢. - أيضا - R.BUDIN, *Op Cit*, p ٦٠

خاصة بالإثبات غير معروفة في القانون الجزائري، نذكر على سبيل المثال نظام الاستجواب أو استنطاق الشهود "*Cross éxamination*" ونظام اكتشاف الوثائق "*Discovry*"[١]، علما أن تطبيق هذه الأنظمة يكون في غياب تطبيق قانون القاضي وبشرط ألا يخالف تطبيقها النظام العام الجزائري إذا ما كان مقر المحكمة التحكيمية بالجزائر أو يكون الأطراف قد اختارت القانون الإجرائي الجزائري بقطع النظر عن مقر محكمة التحكيم.

- إنّ هذا الرأي يجد تبريره في الطابع الليبرالي الذي يتميز به المرسوم التشريعي ٩٣-٠٩، والذي يتجسد في محاولة إتباع مبدأ تحرير القواعد الإجرائية - وحتى الموضوعية - من بصمة وهيمنة القوانين الوطنية (*Dénationalisation*)، ما دام المحكمون يحترمون حقوق الدفاع، ومبدأ المواجهة أثناء الإجراءات التحكيمية[٢].

- وفي نهاية المطلب يمكننا أن نخلص بالقول، قياسا على المادة ١٨٤ من القانون السويسري، أنّ أحكام المواد المتعلقة بإجراءات تحقيق المحكمين التي سبق بيانها أعلاه، تكون لها فعالية كبيرة إذا ما استندت إلى التفسير الواسع سواء كان ذلك على المستوى الوطني، مثل إمكانية الدول التي يجرى

التحكيم على إقليمها، إعطاء لمحكمة التحكيم قدرة اللجوء لأية سلطة إدارية بإمكانها مساعدة أو تسهيل تنظيمها وسيرها،أو على المستوى الدولي[3] وذلك باستعمال المحكمة التحكيمية وسائل التعاون القضائي الدولي للحصول مثلا على الوثائق أو طلب سماع شهود متواجدين في إقليم دول أخـرى غيـر التـي يجري بها التحكيم[4].

- فبعد استكمال مرحلة تشكيل المحكمة التحكيمية كما سبق بيانه، يلجأ أطراف النـزاع إلـى إعمـال إرادتهم الحرة مرة أخرى في هذه المرحلة الإجرائية للتحكيم، وذلك باختيار القانون الواجب التطبيـق على نزاعهما المعروض على المحكمين. فهل ينتج مبدأ سلطان الإرادة كل آثاره في هذه المرحلـة أم أنه ترد عليه استثناءات؟

---

[1] . هذان ا فهومان، Ƶا من ا فاهيم الأǐلو أمريكية.

[2] . راجع O.CAPATINA, *Op Cit*, p ٥٤٩ - أيضا- M.BEDJAOUI et A.MEBROUKINE, *Op Cit,* p ٨٩٣

[3] . مثل ما هو ا ال أ انيا.

[4] . أنظر Ch.DIERYCK « Procédures et moyens de preuve dans l'arbitrage commercial », *Rev Arb*, ١٩٨٨, p٢٦٧

أنظر ا ادة ١، ١٥، ١٧ من الإتفاقية ا اصة با صول على أدلة الإثبات ا ارج ا واد ا دنية والتجارية ا وقعة ١٩٧٠/٠٣/١٨ بلاهاي.

المطلب الثاني: القانوǅ الواجب التطبيـ5 ǍلY موضوع النزاع:

- إنّ المحكم مثل القاضي الوطني له مهمة الفصل في النزاعات، إلاّ أنه يختلف عنه في عـدم تقيّـده بالترسانة التشريعية والتنظيمية، إذ بإمكانه تفادي تعقيدات نظام تنازع القوانين وكذا تنـازع الجهـات القضائية، محاولا تطبيق القواعد القانونية الدولية المستنبطة من قـانون التجـار[1]، إذا مـا اختارتهـا الأطراف أو المحكمين (الفرع الأول)، كما يمكننا تصور تسوية النزاع أمام الهيئة التحكيميـة خـارج إطار القواعد القانونية، إذا ما اتفق الأطراف على منح المحكمين سلطة الفصل في نزاعهما كمفوضين في الصلح (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تسوية النزاع طبقا لقواǊد القانوǅ - قرار تحكيمي مǘسƨ ǍلY القانوǅ :[2]

- تعتبر تسوية النزاعات التجارية موضوع اهتمام التحكيم الدولي، بحيث أن هذه المرحلة تعد مرحلـة هامة ومحددة لمصير النزاع، وعليه يجب أن يخضع القرار التحكيمي المتخذ حسب القانون، لمجموعة من القواعد القانونية التي اختاراها الأطراف أو المحكمون (أولا)، غير أن هذه الحريـة فـي اختيـار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ترد عليها بعض القيود (ثانيا) .

أولا: تعييDž القانوDž الواجب التطبي5 ĂlY موضوع النزاع:

- إنّ المحكم خلافا للقاضي الوطني، يكون مجبرا على تنفيذ إرادة الأطراف فيما يخص تطبيق القواعد القانونية المطبقة على موضوع نزاعهما ما لم يخالف اختيارها قواعد النظام العام (أ)، لكن إذا ما غـاب هذا التعيين، يكون لهذا المحكم سلطة الفصل في النزاع "وفقا لقواعد القانون والأعراف التـي يراهـا ملاءمة"[٣] (ب).

---

[١]. راجع B.STERN « La Lex mercatoria et arbitrage international », in *Rev Arb*, ٤, ١٩٨٣. p ٤٤٧

[٢]. يقصد به:- Le règlement du différend selon les règles de droit -sentence arbitrale en droit-

[٣]. أنظر ا ادة ٤٥٨ مكرر١٤ ف٢.

(أ) - إختيار الأطراف للقانوDž الواجب التطبي5:

- يظهر بجلاء مبدأ حرية الأطراف في نص المادة ٤٥٨ مكرر١٤ ف١ "تفصل محكمة التحكيم فـي النزاع طبقا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف" نستخلص من القراءة الدقيقة لهذه المادة مجموعة من الملاحظات الهامة والتي نحصرها فيما يلي:

- لقد تفادى المشرع الجزائري اعتماد طريقة تنازع القوانين في عمليـة تحديـد القـانون الواجـب التطبيق، مفضلا استعمال القواعد الموضوعية، منتهجا بذلك نهجا مشابها لذلك الذي انتهجه القـانون السويسري والقانون الفرنسي[١].

- كما أنّ القانون الجزائري يتصف بجرأة أكبر بالمقارنة مع القوانين الآنفة الذكر، بحيث ذهب أبعـد من المادة ١٨ من القانون المدني الجزائري، وكذا النظام التحكيمي الجزائري الفرنسي لـسنة ١٩٨٣، واللذان مازالا ساريا المفعول[٢]، إذ يكرّس الأول مبدأ تطبيق قانون محل إبرام العقد الدولي في غيـاب قانون إرادة الأطراف، أما الثاني يكرّس قاعدة إسناد جامدة، مفضلا بذلك اسـتعمال طريقـة قواعـد التنازع[٣].

- بالإضافة إلى ذلك، نشير إلى أنّ المشرع في هذه المادة فضّل استعمال مصطلح "قواعـد القـانون" (*Règles de droit*)، الذي يمتاز بمرونة كبيرة وبمحتوى أوسع، ومنه يكون للأطراف مجالا واسـعا لإجراء اختيارهم، ومن ثمة يكون لهم ليس فقط إمكانية إختيار تشريع أو قـانون وطنـي، وإنمـا يمكنهم اختيار عدة تشريعات أو قوانين وطنية، بل أكثر من ذلك، لهم الحق في إخضاع نزاعهمـا للأعراف التجارية أو للمبادئ العامة للقانون[٤]، أو لما يسمى بقواعد قانون التجـار[٥]. ومـن هـذا المنطق، يمكن للأطراف إن أرادوا مزج عدة قواعد قانونية مشكلين بذلك خليطا قانونيا لتفادي كل القواعد الآمرة للتشريعات التي يمكن أن تطبق على نزاعهما بناء على رابطة أو أخرى[٦].

---

[١] . أنظر ا ادة ١٨٧-١ من القانون السويسري، *ا رجع السابق* - أنظر أيضا ا ادة ١٤٩٤ ف١. ٢. من ق. إ. م الفرنسي ا ديد.

[٢] . راجع B.ABDERAHMANE, *Op Cit*, p١٩٦ et sv

[٣] . راجع A.MEBROUKINE, *Op Cit*, p ٢١٥ et sv أيضا M.ISSAD « Droit international privé », *Op Cit*,

[٤]. راجع Ph .KAHN « Les principes généraux de droit devant l'arbitre du commerce », in *JDI*, ١٩٨٩ p ٣٠٥

[٥] . راجع M.BEDJAOUI - A.MEBROUKINE, *Op Cit*, p ٨٩٥ -راجع أيضا B.STERN, *Op Cit*, p ٤٤٧ et sv

[٦] . أنظر B.GOLDMAN « La volonté des parties et le rôle de l'arbitre international », in *Rev Arb,* ١٩٩٢. p ١

-راجع أيضا ع. عباس و ج. هواش، *ا رجع السابق*، ص ٤٤٧-٤٥٠.

(ب) - إختيار المحكميDž للقانوDž الواجب التطبي5:

- إنّ التساؤل الذي يطرح بشأن هذه المسألة هو كيف يمكن لمحكمة التحكيم تحديد القـانون الواجـب التطبيق على موضوع النزاع، ما لم يحدد الأطراف مثل هذا التعيين لتسوية نزاعهما ؟

الإجابة عن هذا التساؤل نجدها في نص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ مكرر١٤ "وفـي غيـاب ذلـك، تفصل محكمة التحكيم وفقا لقواعد القانون والأعراف التي تراها ملاءمة". نستنتج من هذا أن الالتـزام الأول الذي يقع على عاتق المحكم، يتمثل في احترام تطبيق اختيار الأطراف، ثم إذا لم يجد مثل هـذا الاختيار، يشرع في تحديد قانون واجب التطبيق، أو بعبارة أدق، تحديد قواعد القانون الواجبة التطبيق[١] على موضوع النزاع، متجنبا استعمال طريقة تنازع القوانين[٢]، كما هو معمول به في النظام التحكيمي لغرفة التجارة الدولية[٣].

- ومن هنا، يظهر أنّ للمحكمين إمكانية استعمال طريقة التعيين المباشر لقواعد القانون التي يرّونهـا ملائمة[٤] لطبيعة النزاع، الأمر الذي يقرّب هذه المادة من المادة ١٤٩٦ من القـانون الفرنـسي التـي تستعمل مصطلح ملائمة "*Appropriée*" خلافا للقانون السويسري الذي يفضل استعمال قواعد القانون التي يكون لها روابط وثيقة بالموضوع[٥]. وفي هذا الصدد، يرى الأستاذ "كلود ريمـون" أن نـص المـادة

السويسرية يعد أكثر إرهاقا من نظيرتها الفرنسية، ومع ذلك يقول أن القاعدتين تؤديـان إلـى نتـائج متقاربة[٦].

---

[١] . أنظر P.BELLET et E.MEZGER, *Op Cit*, p. ٦٣١ et ٦٣٢

[٢] . ا قصود هنا بإستعمال طريقة تنازع القوان الإستعمال التق الدقيق لقواعد تنازع تشريع دولة معينة كما يقوم به القا ي الوط لتعي القانون الواجب التطبيق حالة سكوت اتفاقية الأطراف. ومع ذلك يمكن للمحكم بعض ا الات أن يستلهم ويستمد اختياره للقانون الواجب التطبيق – حالة غياب تعي الأطراف – من قانون دو خاص لدولة معينة، ويكون ذلك إما من قواعد تنازع أحد الأطراف، أو الإثن معا، وأحيانا يضاف إليها قواعد التنازع الدولة ا ضيفة للتحكيم. وعلى هذا الأساس، يكون استعمال ا كم ذه القواعد اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع على أنها قواعد مادية وليس كقواعد تنازع.

. أنظر H.VAN HOUTTE, « La loi applicable à l'arbitrage commercial international», in *Rev dr inter et dr comp*, ٢ et ٣, ١٩٨٠, p ٢٦٩ – ٢٩٨ أنظر أيضا J.ROBERT, *Op Cit*, p ٢٥٦.

[٣] .أنظر النظام التحكيمي لغرفة التجارة الدولية. ا ادة ١٣ لفقرة ٣ ، / *رجع السابق*- راجع كمال إبراهيم، / *رجع السابق*، رقم ٨٨ -٩١ .

[٤] . راجع ع. عباس - و ج. هواش، / *رجع السابق*، ص ٤٥٥ و٤٥٦ رقم ٢٥٠.

[٥] . أنظر ا ادة ١٨٧- ١ القانون السويسري Les règles de droit avec les quelles la cause presente les liens les plus étroits

[٦] .أنظر P.LALIVE. et E.GAILLARD, *Op Cit*, p. ٩٤٦ et ٩٤٧- أيضا- C.REYMOND, *Op Cit*, p. ٤٠٦

- غير أننا نلاحظ وجود عامل مشترك بين النصوص الثلاثة (الجزائـري، الفرنـسي، السويـسري) والمتمثل في استعمال لغة قانونية واحدة، والتي تعيّن في عملية اختيار الأطراف أو المحكم، مـصطلح قواعد القانون (Règles de droit) بدل مصطلح "التشريع" (Loi) أو حتى "القانون" بمعنـاه العـام (Droit) الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، و بهذا يكون المشرع الجزائري ذو النزعة الليبرالية قد كـرّس في المرسوم التشريعي الجديد قاعدة جديدة بمقتضاه يمنح للمحكمة التحكمية سلطة واسعة جدا للفـصل في النزاعات التي تنظر فيها[١]، وذلك ليس بالاعتماد على ذاك أو ذاك التشريع الوطني فحسب ولكـن يمكنها الاعتماد على القانون الدولي (*Droit international*) أو بتعبير آخر، القانون غير الـوطني (*Droit anational*)، وذلك قصد حماية مبدأ سلطان الإرادة والطابع الدولي للتحكيم.

- وفي كثير من الأحيان ولأسباب مختلفة، يجد المحكم الدولي نفسه مضطرا إلى حـل النـزاع علـى ضوء قواعد من خلق عادات وأعراف التجارة الدولية، قواعد تستقل بكيانها ومنابعهـا عـن القـوانين الوطنية، ويعني تطبيق المحكم لعادات وأعراف التجارة الدولية على موضوع النزاع لأن يكون البنيان القانوني لقرار التحكيم لا صلة له بأي قانون من القوانين الوطنية، أي أن يكون قرارا طليقا بدون قانون (*Sentence sans loi*) إلا من عادات أو أعراف التجارة الدولية. وبمعنى آخر، فإن هذه الأخيرة سـتكون بمثابة قانون القاضي (*Lex fori*) بالنسبة للمحكم الدولي، وبالتالي يستطيع بهذا تجـاوز مـشكلة تنـازع القوانين والتخلص من تعقيداتها في مجال التجارة الدولية.

- كما يرى بعض من الفقه بأن هذه العادات والأعراف هي بمثابة قانون جديد للشعوب (*Jus Gentium*) أو قانون طبيعي جديد (*Nouveau droit naturel*)، وهو قانون يعلو بالضرورة الـدول (*Supra-national*) أو هو كما أشرنا إليه قانون غير وطني (*Anational*)، يجسّد في الواقع قانون التجارة الدولية المعروف باسم (*Lex mercatoria*)[٢].

- وهكذا، فإن تفاعل التحكيم التجاري مع عادات وأعراف التجارة الدولية يسمح باستخلاص "نظريـة عامة للتحكيم" تتمتع بنوع من الأصالة والاستقلالية ليهتدي بها المحكمون الدوليون بعيدا عـن سـطوة وهيمنة القوانين الوطنية، مع التنبيه إلى أنّ تطبيق المحكم لهذه الأعراف والعـادات علـى موضـوع النزاع، لا يحوّل مثل هذا التحكيم تحكيما وديا، لا يتقيد فيه المحكم عند الفصل في الموضوع بأحكام

---

(١) . أنظر ع. عباس. ج. هواش، *المرجع السابق*. ص. ٤٦٣ و ٤٦٤ خاصة ا ام آ رقم ٨٦.

(٢) . . H.VAN HOUTTE, *Op Cit*, p٢٩٣ et sv. Ph.KAHN, *Op Cit*, pp ٣٠٨- ٣١٣.
B.STERN, « Lex mercatoria et arbitrage international », *Rev Arb*, ٤, ١٩٨٣, pp ٤٤٧-٤٦٣.

قانونية ملزمة، ذلك لأن قواعد وأعراف التجارة هي في الحقيقة والواقع قواعد ملزمة لأطراف التجارة الدولية رغم أنّ مصدرها لا يتخذ نفس الشكل في القواعد القانونية التي تضعها الدول[١].

- وتؤكد كل من أنظمة هيئات التحكيم الدولي والاتفاقيات الدولية الخاصة بهذا النظام وحتـى بعـض التشريعات كما هو الحال بالنسبة للقانون الفرنسي، على أنه يجب على المحكم أن يراعـي فـي كـل الأحوال أحكام العقد وعادات التجارة الدولية في خصوصية النزاع[٢]، وهذا خلافا للتشريع الجزائـري الجديد الذي يسمح للمحكم أن يختار ويطبق عادات التجارة الدولية إلا في حالة غياب تعيين الأطـراف للقانون الواجب التطبيق، وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٤٥٨ مكرر ١٤ "تفصل محكمة التحكـيم في النزاع طبقا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب ذلك، تفصل محكمة التحكـيم وفقـا لقواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة". ولا نجد في هذه المادة فقرة كالفقرة الأخيرة من المـادة ١٤٩٦ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والتي تنص: "ويراعي (المحكم) في كل الأحوال عادات التجارة".

- وعليه، فإن المحكم حسب المرسوم التشريعي الجديد ٩٣-٠٩ ملزم بتطبيق أحكـام القـانون الـذي اختاره الأطراف، ولا يحق له تطبيق قانون التجارة الدولية إلا في حالة سكوت الأطراف، أو في حالة ما إذا خوله الأطراف سلطة تعيين القانون الواجب التطبيق على نزاعهما.

- وختاما لما سبق، نقول أنّ "قواعد القانون" هذه، يمكنها أن تكون بغض النظر عن أعراف وعـادات التجارة الدولية، قانون أو عدة قوانين وطنية، أو قواعد قانونية (*Normes de droit*)[٣]، أو عبارة عن مبادئ عامة للقانون[٤] (*Principes généraux de droit*) أو كما تسمى في الوقت الحاضر قـانون التجـارة[٥] (*Lex mercatoria*)، دون أن ننسى ما يسمى بقانون النقابات المهنية (*Droit Corporatif*) والاجتهـاد القـضائي التحكيمي[٦] (*Jurisprudence arbitrale*).

---

(١) . أنظر كمال إبراهيم، / *رجع السابق*. رقم ٩٣، ٩٥، ٩٩، ١٠٠، ١٠٢.

(٢) . أنظر *نفس/ رجع* رقم ٩٩ لآخر الفقرة.

(٣) . راجع القرار التحكيمي رقم ١٦٤١ لغرفة التجارة الدولية (CCI) لسنة ١٩٦٩ p ٨٨٩، ٤، ١٩٧٤ ، *JDI*

(٤) . راجع القرار التحكيمي للورد "أسكيث بيشوƒ" ليوم ١٩٥١,٠٨,٢٨ قضية أبو Ƒş اǑلة الإقتصادية لسنة ١٩٥٦ ص ٣٠٢.

. راجع أيضا ع. عباس. ج. هواش، / *رجع السابق*، ص٤٧٥.

(٥) . علومات أكثر حول ا سألة راجع B.STERN, *Op Cit*, p ٤٤٧ -أيضا- B.GOLDMAN, *Op Cit*, p ٤٤٧

(٦) . راجع ع. عباس- ج. هواش، / *رجع السابق*، ص ٤٧٢ وبعدها، ٤٩٣ وبعدها.

- فإذا كانت عملية تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع تخضع كما رأينا إلـى مبـدأ سلطان الإرادة، سواء كان ذلك بالتعيين المباشر من قبل الأطراف أو بتخويل الأطراف المحكمين سلطة تعيينه، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة في كلتا الحالتين كما يتصور البعض، بل تعرف قيودا.

ثانيا: القيود (الحدود) الواردة ĂǐY اختيار القانوǻ الواجب التطبي5 ĂǐY موضوع النزاع:

- بعد التطرق إلى مسألة تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، جدير بنا الآن التعرض إلى القيود التي ترد على هذا التعيين سواء كان من قبل الأطراف (أ) أو ذلك الذي يجريه المحكمـون (ب).

(أ)- القيود الواردة ĂǐY إختيار الأطراف:

- فيما يخص تعيين الأطراف، هناك قيد وحيد يرد على حرية اختيارهم لقواعد القانون واجبة التطبيق على موضوع نزاعهما، والمتمثل في وجوب احترام النظام العام الدولي المنصوص عليه فـي نـص المادة ٤٥٨ مكرر٢٣- ج، وأحسن مثال لمخالفة هذا النظام العام، هو اختيار الأطراف لقانون (قواعد قانون) لا تميت أية صلة لا من قريب ولا من بعيد بموضوع النزاع[١] وإنما كان اختياره هروبا وتحايلا على القانون الذي من المفروض أن يكون مطبقا على نزاعهما[٢].

(ب)- القيود الواردة ĂlY إختيار المحكميǅ:

- أما فيما يخص القيود التي ترد على اختيار المحكمة التحكيمية لقواعد القانون التي تطبقها على أساس النزاع المطروح أمامها، وما لم تنص اتفاقية الأطراف على مثل هذا التعين، نقول أنّ، على المحكم أثناء ممارسة السلطة المخوّلة له من طرف الأطراف، أو من طرف القانون الاستجابة للطلبات المشروعة للأطراف مهما كانت الظروف، وسعيا لتحقيق هذا الواجب، عليه احترام بعض الشروط والتي نحصرها في:

---

[1] . مثل اختيار قوان الدول ال تكاد تنعدم فيها الضرائب، أو تلŎ ال لا ťتم بالشكلية.

راجع أيضا Y.DERAINS « L'ordre public et le doit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international », in *Rev Arb* ٣, ١٩٨٦. p ٣٧٥ et sv

[2] . راجع مسألة التحايل على القانون M.ISSAD « Le droit international privé », *Op Cit*, p ٢١٦-٢٢٤.

- نجد أنّ المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة ٤٥٨ مكرر١٤، يفرض على المحكم عند تعيينه للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، أن يختار قواعد القانون التي يراها ملائمة. فعليه عند تقديره لهذه الملائمة، أن يأخذ بعين الاعتبار كل الظروف والملابسات التي تحيط بالنزاع وخصوصيته[1]، وإلاّ يكون قراره معرضا للطعن بناء على المادة ٤٥٨ مكرر ٢٣- د أو المادة ٤٥٨ مكرر٢٥ إذا ما رأى أحد الخصوم أن اختياره غير ملائم لنزاعهما، وذلك إذا ما تبين له أن قواعد القانون أو الأعراف التي طبقها المحكم على موضوع النزاع ليست لها أية علاقة بهذا الأخير، أو لها علاقة بالنزاع لكنها غير مناسبة ولا تبرر اختيارها[2].

- نجد أيضا قيدا آخر لا يقل أهمية عن الأول، والمتمثل في واجب المحكم في احترام النظام العام الدولي[3] أثناء أداء مهمته، ولا يمكن، بحال من الأحوال ومهما كانت الأسباب، مخالفة قواعده الآمرة، وإلاّ تعرض قراره للطعن في مرحلة الاعتراف والتنفيذ[4].

- هذه هي الاستثناءات الرئيسية الواردة على حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من طرف المحكمين، غير أنه توجد التزامات أخرى تعتبر في مجال التحكيم الدولي أولية، يفترض تطبيقها دون حاجة لذكرها لكونها من مقتضيات التحكيم الدولي، والتي تتمثل في مبدأ المواجهة، وتسوية النزاع حسب ما يطلبه الأطراف[5].

- هذا إذا ما فصل المحكمون في النزاع حسب القانون الذي اختاره الأطراف، أو حتى حسب القـانون الذي اختاره هم بأنفسهم عملا باتفاقية التحكيم، المهم أنهم فصلوا في النزاع وفق قواعد قانونية. لكـن يمكن لهؤلاء المحكمون الفصل في النزاع ليس بإعمال القانون، وإنما بإعمال مبادئ الإنصاف شريطة أن تخول لهم هذه السلطة صراحة في اتفاقية التحكيم.

---

(1) . هذا ما جسده القرار التحكيمي رقم ٦٥٠٠ الصادر عن هيئة غرفة التجارة الدولية سنة ١٩٩٢- انظر ١٠١٦ p ١٩٩٢ .*JDI*

(2) . أنظر ٢٦٦et ٢٦٧ J.ROBERT, *Op Cit*, p راجع حول الموضوع، القرار التحكيمي الشهير "الشيخ أبو ظبي" *السابق الذكر*.

(3) . إن موضوع النظام العام الدولي، سيدرس بالتفصيل في الفصل الثالث. راجع Y.DERAINS, *Op Cit,* p ٣٧٥

(4) . أنظر القسم الثالث من المرسوم التشريعي ٩٣-٠٩.

(5) . J.PELLERIN « Les droit des parties dans l’instance arbitral » in *Rev Arb*, ٢, ١٩٩٠ p ٣٩٤

راجع. ع. عباس.ج. هواش، *المرجع السابق*، ص ٤٤٢ إلى ٤٤٤.

الفرع الثاني: تسوية النزاع حسب تفويض الصلح - قرار تحكيمي مؤسس على الإنصاف: [1]

- في غالب الأحيان، تفض النزاعات التحكيمية الناجمة عن التجارة الدولية طبقا لقواعد القانون التـي يختارها الأطراف أو التي يعيّنها المحكمون المختصون، لكن في بعض الحالات، يفصل المحكمون في مثل هذه النزاعات ليس بصفتهم محكمين عاديين، وإنما بـصفتهم مفوضـين فـي الـصلح (*Amiable compositeurs*) إذا ما خوّلت لهم صراحة اتفاقية الأطراف هذه السلطة "تفصل محكمة التحكيم كمفـوض في الصلح إذا خولتها اتفاقية الأطراف هذه السلطة"[2]. نشير في هذا الصدد، أن مصطلح "مفوض فـي صلح" مثله مثل مصطلح "التحكيم طبقا للإنصاف" يحتويان نوعا من الغموض بسبب أصلهما من جهة، ولعدم استقرار التفاسير القانونية المعطاة لهما من جهة أخرى[3]، الأمر الذي يدفعنا إلى دراسة مضمون المبدأ (أولا) والاستثناءات الواردة عليه (ثانيا).

أولا: مضمون مبدأ التفويض في الصلح:

- ما يجب معرفته في هذا الموضوع، أنّ وضعية المحكم في ظل المادة ٤٥٨ مكرر ١٥ تختلف عـن تلك التي يكون له إمكانية فصل النزاع طبق قواعد القانون التي يختارها، إذ لا يمكن هنا تقريـر مـن تلقاء نفسه الفصل في النزاع المعروض عليه كمفوض في الصلح، وذلك بسبب الآثار الخطيرة المترتبة عن هذه السلطة المخوّلة له على التحكيم، وبالتالي على مصير النزاع، مع الإشارة إلى أن هذا المبـدأ

يحرر المحكم من كل القيود والأنظمة القانونية عند النظر والفصل في النزاع، بل يمكنه بمقتـضاه أن يعدّل العقد الأصلي باسم الإنصاف، شرط ألاّ يغيّر المضمون بصفة جوهرية[٤].

- ومن هذا المنطق، فإنّ الأخذ بمفهوم القرار التحكيمي طبقا للإنصاف[٥] فـي المرسـوم التـشريعي الجديد، لا يعّد شيئا جديدا في ميدان التحكيم الدولي[٦] بما أن المبدأ مكرّس في الكثير من تشريعات

(١). يقصد به: - *Le règlement du différend en amiable composition - Sentence arbitrale en équité*

(٢). أنظر ا ادة ٤٥٨ مكرر ١٥ من ا رسوم التشريعي ٩٣-٠٩ -ال تقابل ا ادة ١٤٩٧ ق. إ. م الفرنسي/ *رجع السابق* وا ادة ١٨٧-٢ من قانون السويسري./ *رجع السابق*.

(٣). أنظر R.DAVID, *Op Cit,* p ٤٦٣

(٤). أنظر P.BELLET - E.MEZGER, *Op Cit*, p ٦٣٣

(٥). Ʊد هذا ا صطلǴ مستعمل من طرف ا شرع السويسري- ا ادة ١٨٧-٢ من التشريع ا تعلق بالقانون الدو ا اص.

(٦). أنظر ا ادة ٤٥١ ف ٣ من القانون الإجراءات ا دنية ا زائري.

الدول الأوروبية[١] والأنظمة التحكيمية[٢]، علما أن هذا المبدأ يهدف أساسا إلى إعفـاء المحكمـين مـن تطبيق قواعد القانون، مانحا إياهم إمكانية النظر والفصل في النزاع بالاعتماد على الاعتبارات البحتـة للإنصاف[٣].

- وما تجدر الملاحظة إليه في هذا السياق، الرأي الذي أبداه الأستاذ "ف.فوشار" والـذي مفـاده: "إن المعنى الحقيقي لمفهوم التفويض في الصلح.. لا يكمن في رفض وتجنب تطبيق القواعد القانونية، لأن هذا التصور يبتعد كثيرا عن مقتضيات الأمن والاستقرار التي تتطلبها التجارة الدولية، والتي ترّغـب الممارسين في قبول هذه التقنية"[٤].

- من خلال ما سبق ذكره، يطرح التساؤل حول الغاية والفائدة المرجوة من هذا المبدأ، ومن باب أولى تكريسه في المرسوم التشريعي الجديد (أ) كما يمكننا التساؤل من جهة أخرى عما إذا كان هناك فـرق بين القرار التحكيمي طبق التفويض في الصلح المكرّس في المادة ٤٥٨ مكرر ١٥ والقرار التحكيمـي طبق مبادئ الإنصاف (ب) .

(أ)- الأهداف (الفوائد) المرجوة من مبدأ التفويض في الصلح:

- يلجأ الأطراف في غالب الأحوال إلى مبدأ التفويض في الصلح لهدفين:

- إما اللجوء لهذه التقنية قصد إرجاع التوازن في العلاقات التي تربط الطـرفين دون الإهتمـام بالنصوص القانونية بمعناها الضيق، لأن الأطراف تسعى إلى تحقيق مصالحة أو على الأقـل إيجاد ترتيب جديد لعلاقاتهما العقدية.
- و إما البحث عن قانون يرتكز على مبادئ الإنصاف، يكون متجاوزا ومتحررا من كل القيـود والشكليات التي تتميز بها القوانين الوطنية ليطبق على موضوع نزاعهما[٥]، وهذه الحالة هـي الأكثر شيوعا.

---

(١) . أنظر على سبيل ا ثال: القانون الفرنسي، السويسري، وا ولندي.

(٢) . أنظر عل سبيل ا ثال: النظام التحكيمي للجنة الأمم ا تحدة للقانون التجاري الدو (CNUDCI)

(٣) . أنظر Ph.FOUCHARD, *Op Cit,* p ٤٠٣

(٤) . أنظر Ph.FOUCHARD, *Op Cit*, p ٤٠٤ راجع أيضا N.TERKI, *Op Cit*, n° ١٤٧.

(٥) . أنظر A.BOUMEDIENNE, *Op Cit*, p ٢٠٥. ref ٦٩٩ راجع أيضا، R.DAVID, *Op Cit*, p ٤٦٣

(ب)- تمييز قرار التفويض في الصلح DŽY η قرار الإنصاف:

- وفيما يخص مشكل التداخل بين قرار المحكم باعتباره مفوض في الصلح، وقراره التحكيمي المؤسس على الإنصاف، نقول أن المرسوم التشريعي الجزائري يندرج ضمن طائفة القـوانين التـي تعتـرف وتكرّس نوعا التحكيم أي التحكيم طبق القانون (*L'arbitrage selon le droit*) والتحكـيم طبـق الإنـصاف (*L'arbitrage en équité*) أو كما سماه المشرع الجزائري التحكيم طبق التفويض في الصلح[١] (*L'arbitrage en amiable composition*). ومن هنا يمكننا القول أن المفهومين لهما نفس المدلول وبالتالي يمكن استعمال أحدهما مكان الآخر[٢] (*Substitutionnels*).

- وفي هذا الصدد نجد الأستاذين "م. بجاوي" و"ع. مبروكين" اللذان طرحا التـساؤل حـول العلاقـة الموجودة بين التفويض في الصلح والإنصاف، مشيرين إلى أن قراءة المرسوم لا تمكّننا من معرفة ما إذا أراد المشرع أن يعطي للمفهومين مدلولا واحدا أو مدلولين مختلفين؟
وأمام هذا التساؤل افترض الأستاذان افتراضين:

- إستبدالية أو تبادلية المفهومين (*La consubstantialité des deux notions*) أي إمكانية اسـتعمال أحـد المفهومين بدل الآخر، بما أنهما يؤديان نفس المعنى، وبالتالي تمكين المحكم من التخلص أو التحرر من القواعد الجامدة والآمرة للقوانين والتشريعات تحت طائلة الامتثال لقواعد النظام العام الـدولي،

وهكذا يكون المشرع الجزائري قد انتهج نهج تيار تـدويل (*Internationalisation*) القـانون الواجـب التطبيق على النزاع.

- أنّ التفويض في الصلح ليس أضيق من مفهوم الإنصاف، أين يكون للمحكم إمكانية الفصل فـي النزاع حسب مبادئ العدل (الإنصاف) دون التقيّد بقواعد القانون بما أن الأطراف قـد اسـتبعدتها، وهذا لا يعني تحلل المحكم من القواعد الدولية الآمرة الواجبة التطبيق على النزاع أو عن مقتضيات النظام العام الدولي الجزائري[٣].

- وهكذا وبصرف النظر عن هذين الاعتبارين، يجب اعتبار القرار التحكيمي وفق هذا المبـدأ، أنـه صادر حسب قواعد وأسس تختلف عن تلك المعروفة في القانون[٤].

---

(١) . راجع P.LALIVE - E.GAILLARD, *Op Cit,* p ٩٤٧

(٢) . راجع R.DAVID, *Op Cit*, p ٤٥٨

(٣) . أنظر M.BEDJAOUI - A.MEBROUKINE, *Op Cit,* p ٩٤٧

(٤). أنظر. *نفس/ رجع*، ص ٩٤٩.

- وبناء على ما سبق، فإننا نميل إلى الافتراض الأول وهذا في انتظار تأكيد أو تفنيـد مـن طـرف الاجتهاد القضائي الجزائري المنتظر في مجال التحكيم الدولي[١].

- ونخلص في الأخير إلى إن الفصل في النزاع طبق لمبدأ التفويض في الصلح، يجب أن لا يفهم منـه تمتع المحكمين بمطلق الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بإدعائهم توخي الإنصاف، وإنما ترد على هذا المبدأ حدود (قيود).

<u>ثانيا: حدود التفويض في الصلح:</u>

- ما يمكن قوله في هذه النقطة هو أن تعيين المحكم كمفوض في الصلح[١] للفصل في النزاع المعروض أمامه ما هو في الواقع إلا تطبيق لعادات وأعراف التجارة الدولية، ومبدأ حسن النيـة فـي التعامـل التجاري، أو حتى تطبيق قانون وطني إذا ما اقتضى الأمر، شريطة أن يكون هـذا الأخيـر ملائمـا ومناسبا لموضوع النزاع، ولا يفهم من هذا أنّ المحكم له مطلق الحرية في التصرف، ومنه الفصل في النزاع حسب مزاجه وهواه، وإنما عليه في هذه الحالة أيضا احتـرام بعـض الـشروط الـضرورية المذكورة في نص المادة ٤٥٨ مكرر٢٣. د، م، و، ج وإلا تعـرّض قـراره لطعـن مـن الطعـون المنصوص عليها في المرسوم التشريعي[٢].

- وفي ختام هذا الفصل، نقول أنّ لجوء الأطراف في اتفاقيتهم إلى إدراج شـروط تحكميـة تعطـي للمحكمين سلطة الفصل في نزاعهما بصفتهم مفوضين في الصلح لا يخلو من الخطر، وبالخصوص في العقود التي تكون فيها مصالح الأطراف متضاربة، لكنها تعتبر على خلاف ذلك، أداة مثلـى لتـسوية النزاعات العابرة التي تثور بين الأطراف التي تربطها معاملات تجارية متكـررة ومنتظمـة، لكـون الأطراف في مثل هذه الأوضاع تسعى إلى الحفاظ على علاقاتها التجارية الجيّدة.

- كما ينصح بمثل هذه الشروط التحكيمية في العقود المتتالية وكذا العقود طويلة المدى، لمـا لهـذه التقنية من فائدة في بتصديها للآثار السلبية المترتبة عن اشتراطات الأطراف غير الدقيقة وغيـر المتحكم فيها[٣].

(١) . زيد من ا علومات حول موضوع التفويض الصلح. راجع J.D.BREDIN in *Rev Arb*, ٢, ١٩٨٤ p ٢٥٩
E.LOQUIN "Arbitrage en droit et amiable composition", in *J-CL Proc.Civ Fasc,* ١٠٣٨ n° ٨٠ -١٢٢.
P.LEVEL in *Rev Arb* ٤, ١٩٨٠, P ٦٥١.

(٢) . أنظر ا ادة ٤٥٨ مكرر٢٣ وا ادة ٤٥٨ مكرر ٢٥ من ا رسوم التشريعي.

(٣) . راجع كمال إبراهيم، / *رجع السابق*، رقم ١٠٤.

خاتمة الفصل:

- يمكننا أن نخلص في نهاية هذا الفصل إلى القول أن دور و فعّاليـة مبـدأ سـلطان الإرادة (حريـة الأطراف) لا يقلان أهمية عن تلك التي تحظى بهما مرحلة إبرام اتفاقيـة التحكـيم بـدليل دور إرادة الأطراف في تشكيل محكمتهم التحكيمية وسيرها، إذ بإمكانهم وبكل حرية اختيـار المحكمـين الـذين يخولونهم سلطة الفصل في نزاعهم سواء كان التحكيم خاصا أو نظاميا، بل لهم أيضا حق تغيير تشكيلة محكمتهم إذا ما تبين سبب من أسباب الرد أو الاستبدال.

- كما أن التحكيم خلافا للقضاء الوطني، يعطي بل يكرّس مبدأ حرية الأطراف في عملية تعيين القواعد المتبعة في سير محكمة التحكيم، سواء تعلق الأمر بالقواعد الإجرائية التي يختارها الأطراف مباشرة أو عن طريق محكميهم أو بالإحالة على قواعد إجرائية لمؤسسة (مركز) دائمة للتحكيم، أو تعلق الأمر بالقواعد الموضوعية التي بمقتضاها يتم الفصل في النزاع، والتي قد يكون اختيارها من بين قواعد القانون الأكثر ملاءمة لموضوع النزاع ودون التقيد بتشريع معين، أو أن يتنازل الأطراف عن مثل هذا التعيين ويكتفون بتفويض المحكمين سلطة الفصل في نزاعهما بناء على قواعد الإنصاف.

- فتدّخل القاضي الوطني في المرحلة الإجرائية للتحكيم، لا يعني الحد أو التقليل من مبدأ حرية الأطراف كما يتصوره البعض، بل بالعكس، فهو يعد ضمانا لإعمال مبدأ سلطان الإرادة وتدعيما لفعّاليته، إذ أن تدّخله في مرحلة تعيين المحكمين أو ردّهم أو أثناء التحقيق في القضية، كالأمر بالتدابير المؤقتة والتحفظية، لا يكون إلا بطلب الأطراف أو محكميهم، وذلك بغرض تجنّب العراقيل التي يمكن أم تصادف أثناء سير التحكيم، ومن ثمة، يكون تدّخل القاضي الوطني دعما للتحكيم الدولي وعلى الخصوص بما ينقصه من سلطة (قوة) عمومية.

الفصل الثالث:

القوة والفعالية القانونية للقرار التحكيمي

- تنتهي الإجراءات التحكيمية بإعداد المحكمين لقرارهم الفاصل في موضوع النزاع، والمحرر في شكل حكم، وهو الغاية المرجوة من هذا القضاء الخاص. وتستدعي أهمية المسألة البحث في مدى وجود مبدأ حرية الأطراف وفعاليته في هذه المرحلة، التي كثير من الفقه يطلق عليها اسم المرحلة القضائية، وذلك من خلال خطوات تحضير وإعداد القرار التحكيمي، وشروط صحته وآثاره (المبحث الأول)، ثم بحث نطاق المبدأ في عملية الاعتراف والتنفيذ، والوسائل المتاحة للخصوم لاستعمالها ضد القرارات التحيكيمة الصادرة ضدها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: وجود القرار التحكيمي:

- سنعالج في هذا المبحث نقطتين هامتين، تخص الأولى عملية إعداد القرار التحكيمي والتي من خلالها نتفحص دور حرية الأطراف في هذه العملية ومدى مساهمة إرادتهم فيها (المطلب الأول)، أما الثانية، فهي تخص الآثار التي يرتبها هذا القرار (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إعداد القرار التحكيمي:

- حتى في مرحلة إعداد القرار التحكيمي، نجد مبدأ حرية الأطراف مكرسا في العديد من التـشريعات الوطنية، إذ يصدر القرار التحكيمي -مبدئيا- في إطار الإجراءات وحسب الأشكال التي حددها أطراف اتفاقية التحكيم (المادة ٤٥٨ مكرر١٣.ف ١)، وعليه يمكن لهذه الأخيرة اختيار شكل قرارها التحكيمي (الفرع الأول) أو تعيين قواعد خاصة متعلقة بالشكل أو المضمون أو الاثنين معا، كأن تحدد مدة معينة للفصل في النزاع، تحقق إجماع المحكمين في النطق بالقرار، أو حتى الاتفاق علـى طريقـة تـسبيب القرار.....الخ. لكن في غياب مثل هذا التعيين، نجد أن المرسوم التشريعي يضع قواعد مكمّلة تخـص الشروط الواجب احترامها في إصدار القرارات التحكيمية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أنواع القرارات التحكمية:

- يعتبر القرار التحكيمي المجهود الفكري الكبير الذي بمقتضاه استطاعت محكمـة التحكـيم إفـراغ (فض) النزاع "طبقا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب ذلك.. وفقا لقواعد القانون

والأعراف التي تراها ملائمة"[1]. إذن، المبدأ العام هو أنّ المحكمين يفصلون في المسائل التي تبلـور النزاعات الناشئة عن مصالح الأطراف المتعارضة، لكن في بعض الأحيان، يكون المحكمون مجبرين على الفصل في نقاط خاصة عن طريق قرارات جزئية (ج)، كما يمكن أن يحدث في حالات أخرى، وصول الأطراف أثناء المرحلة الإجرائية للتحكيم إلى اتفاق يخطرون المحكمين الـذين يكـون لهـم صياغة عبارات هذا الصلح في قرار تحكيمي (د) . وقبل هذا لابد من الإشارة إلى القرارين الآخرين اللذان ميزّ بينهما - بطريقة صريحة أو ضمنية- المرسوم التشريعي الجديد ٩٣-٠٩، وهما القـرار النهائي (أ) والقرار التمهيدي (ب) .

(أ)- القرارات التحكيمية النهائية:

- يكون القرار نهائيا بمجرد الفصل في نزاع الخصوم واكتسابه حجية الـشيء المقـضي فيـه فـور صدوره (المادة ٤٥٨ مكرر ١٦ ف٢)، والأثر الرئيسي المترتب عنه هو إنهاء مهمة المحكمة التحكمية فيما يخص النزاع الذي يفصل فيه على الأقل[2] مثل ما جاء في المادة ٤٥٨ مكرر ١٦ ف١.

(ب)- القرارات التحكيمية التمهيدية:

- تكون محكمة التحكيم مؤهلة لإصدار قرارات تمهيدية بمناسبة تقديرها والنظر في اختصاصها، ما لم يكن الدفع بعدم الاختصاص متعلق بموضوع النزاع (٤٥٨مكرر٧). ونشير إلى أن هذه القرارات فـي القانون الفرنسي تشبه وتقترب من تلك المسماة بقرارات "قبل الفصل فـي الموضـوع" (*Avant –dire – droit*) التي تضم كل من القرارات التحضيرية التي يكون الغرض منها الأمر بتدابير التحقيق والقرارات المؤقتة التي يكون الهدف منها الأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية، أو اتخاذهما للفصل في مـسائل أوليـة تمهيدية مثل الدفع بعدم الاختصاص[٣].

---

[١] . أنظر المادة ٤٥٨ مكرر١٤ من المرسوم التشريعي ٩٣-٠٩.
[٢] . أنظر N. TERKI, *Op Cit*, n°١٦١.
[٣] . أنظر N. TERKI, *Op Cit*, n°١٦٢.

(أ)- القرارات التحكيمية الجزئية:

- يكون للمحكم إصدار قرار أو عدة قرارات تحكيمية إذا ما اقتضى الأمر ذلك، ودون الخروج عـن إطار مهامه "يجوز لمحكمة التحكيم إصدار قرارات تحكمية جزئية إلا إذا كانـت اتفاقيـة مخالفـة"[١]. الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يعرّف هذه القرارات، مكتفيا بالإشارة إليها مما أثار بعض الالتباس، إذ يطرح التساؤل ما إذا كانت هذه القرارات تغطي مجال القرارات (*Intermédiaires*) الـصادرة بـشأن اختصاص المحكمين أو الفاصلة في موضوع، أم تغطي النوعين معا. وعليه فإن الغموض الذي يحيط مصطلح "جزئية" ولّد نقاشا حول مدى هذه القرارات لاسيما فيما يخص الطعن فيها بالإبطال من قبـل الطرف المتضرر منها[٢].

- فحسب بعض الكتّاب الجزائريين، يكون بإمكان المحكمين إصدار قرارات تحضيرية أو جزئية تتعلق بموضوع القانون الواجب التطبيق، أو بشأن اختصاصهم من عدمه، أو في أي منازعة أخرى تتطلـب الفصل فيها دون حاجة لانتظار القرار النهائي[٣] خلافا للقانون السويسري الذي يحصر مصطلح "قرار" إلا على القرارات التي تفصل في الموضوع دون غيرها، أما القرارات التي تخرج عن هـذه الـدائرة تعتبر من قبيل الإجراءات لا غير[٤].

- وتظهر أهمية هذا النوع من القرارات أكثر في تحكيم النزاعات الناجمة عن العقود الدولية طويلة المدى، أين تمتد مهمة المحكمين إلى عدة سنوات، يفصلون فيها في مسائل كثيرة ومتنوعة، والتي تكون منفصلة عن بعضها البعض[٥].

---

[١] . أنظر ا ادة ٤٥٨ مكرر ١٢ من ا رسوم التشريعي ٩٣-٠٩.

[٢] . أنظر M.BEDJAOUI - A.MEBROUKINE, *Op Cit,* p ٩٠٠.

[٣] . أنظر A. MAHIOU. in *Rev Alg*. SJ EP, *Op Cit*, p ٧٢١.

[٤] . أنظر M.BEDJAOUI - A.MEBROUKINE, *Op Cit*, p ٩٠٠. أيضا- R.BUDIN, *Op Cit,* p ٦١

[٥] . أنظر N.TERKI, *Op Cit,* n° ١٦٣.

(د)- <u>قرارا ا الصلη التحكيمية:</u>

- إنّ المحكم في قرار الصلح يجسّد اتفاق الأطراف، وإن كان هذا النوع من القرارات نادرا في ميدان الممارسة، فقبل صدور المرسوم التشريعي ٩٣-٠٩ لم يكن قانون الإجراءات المدنية (لاسيما المادة٤٥١ منه) ينص على مثل هذه القرارات[١]، غير أن هذا لا يمنع المحكمين من إفراغ اتفاق الأطراف في قرارهم التحكيمي في غياب مبدأ يمكن الاعتماد عليه لمنع المحكمين من ذلك[٢]. أما المادة ٤٥٨ مكرر١٢ من المرسوم ٩٣-٠٩ تنص صراحة على أنه "يجوز لمحكمة التحكم إصدار قرارات تحكمية جزئية أو بما اتفق عليه الأطراف" ما لم تكون هناك اتفاقية تقضي بخلاف ذلك. وهكذا نجد أن مثل هذه القرارات التحكيمية يصدرها المحكمون بطلب من الأطراف بعد الإطلاع على تفاصيل الموضوع والوثائق المرفقة به، والتأكد من الاتفاق الذي توصلا إليه والمتعلق بالنزاع الذي بشأنه تشكلت المحكمة التحكيمية[٣].

- إلى جانب هذا، نجد أن النظام التحكيمي الجزائري الفرنسي، ينص في مادته السادسة عشر "وإذا ما توصل الأطراف إلى اتفاق، يجب على الهيئة التحكيمية إفراغ ذلك في قرار تحكمي في شكل قرار صلح".

- وفي الأخير، نشير إلى الملاحظة التي أبدها الأستاذان "م. بجاوي" و"ع. و"مبروكين" حـول مـسألة القرارات الإضافية أو التكميلية (*Sentence additionnelle*) «إنّ القانون الجديد لم ينص على مثـل هـذه القرارات التي تفرض وجودها في التحكيم الخاص أو في التحكيم شبه النظامي، والذي (القانون) يسمح بافتراض الطعن بالإبطال ضد قرار تحكيمي "لم يفصل في وجه من وجوه الطلب" طبقـا للمـادة ٤٥٨ مكرر٢٣-٥، والمادة ٤٥٨ مكرر٢٥ ف١، وعليه تسمح هذه القرارات للمحكمين تـصحيح وإكمـال نقصهم، مجنبة الأطراف اللجوء للطعن أمام الجهات القضائية، وبالتالي يؤسف على عدم تكريس مثـل هذه القرارات بصورة صريحة في المرسوم الجديد خاصة وأنها تؤكد وتدّعم الطابع الدولي للتحكـيم»[٤]. فالمهم، أنّ هذه القرارات مهما كانت طبيعتها أو نوعها، يجب أن تستجيب إلى بعض الشروط لتنتج آثارها.

---

[١] . B يكن موجود مثل هذا الإغفال التحكيم الإجباري فيما ب ا ؤسسات الوطنية لسنة ١٩٧٥.

[٢] . أنظر B.ABDERAHMANE, *Op Cit*, p ٢٠٧

[٣] . أنظر M.BEDJAOUI - A.MEBROUKINE, *Op Cit* p ٩٠٠.

[٤] . أنظر M.BEDJAOUI - A.MEBROUKINE, *Op Cit,* p ٩٠٠ et ٩٠١ - أيضا -N. TERKI, *Op Cit*, n° ١٦٤

الفرع الثاني: شروط صحة القرار التحكيمي:

- تطبق القواعد المكملة المتعلقة بالشروط التي يجب على القرار التحكيمي أن يخضع لها والمـذكورة في نص المادة ٤٥٨ مكرر١٣ ف ٢، في غياب اتفاقية تقضي بخلاف ذلك، وكان تصريح الأطـراف على اختيار قانون الإجراءات المدنية الجزائري كقانون واجب التطبيق على سير إجـراءات التحكـيم الدولي، فيما يخص شكل القرار التحكيمي (أولا) وكذا مضمونه (ثانيا).

أولا: الشروط المتعلقة بشكل القرار التحكيمي:

- يشترط التشريع الجديد ٩٣-٠٩ فيما يخص شكل القرار التحكيمي، مجموعة مـن البيانـات التـي سندرسها في النقاط التالية:

(أ)- شرط الإجماع أو الأغلبية:

- إنّ إعداد القرار التحكيمي لا يثير مشاكل كبيرة، بما أنّ القرار يفترض أن يصدر من طرف "المحكم الوحيد"[١] أو من طرف الأغلبية إذا كانت المحكمة التحكيمية مشكلة من "عدة محكمين"[٢]، وعليه يشترط

في الحالة الأخيرة بطبيعة الحال مشاركة كل المحكمين في مداولة[٣] القرار التحكيمي، غير أنه يمكن أن يصدر عن الأغلبية[٤] كقاعدة عامة، وهذا لتفادي عرقلة أو تجميد التحكيم بفعل امتناع أحـد المحكمـين عن المشاركة في المداولات، مع إعطائه إمكانية إدراج "رأيه في القرار التحكيمي"[٥]، ومع ذلك هنـاك بعض القوانين[٦] تشترط الإجماع لصدور القرار التحكيمي.

---

[١] . أنظر ا ادة ٤٥٨ مكرر ١٣. ف٢.أ. من ا رسوم التشريعي ٩٣-٠٩.

[٢] . أنظر ا ادة ٤٥٨ مكرر ١٣. ف٢. ب. من ا رسوم التشريعي ٩٣-٠٩.

[٣] . أنظر نص ا ادة ١٤٦٩ من ق،إ. م. الفرنسي ا ديد، مداولات ا كم تكون سرية.

[٤] . أنظر ا ادة ١٨٩-٢ من القانون السويسري ا اص بالتحكيم لسنة ١٩٨٧.

[٥] . أنظر ا ادة ٤٥٨ مكرر ١٣ ف٤ من ا رسوم التشريعي ٩٣-٠٩.

[٦] . مثل ا ازيل، البـ و، الفنيزويلا، ودول أخر؟ من أمريكا اللاتينية -راجع R.DAVID, *Op Cit*, p ٤٧٣

- لكن، يمكن أن نصادف في بعض التحكيمات الدولية تساوي أصوات المحكمين عند المداولة، وعليه عدم تحقق الأغلبية[١] في الرأي، فأمام هذا الوضع نجد بعض الحلول مكرسـة فـي بعـض القـوانين الوطنية:

- الحكم ببطلان اتفاقية التحكيم[٢].
- عرض القضية على محكم آخر أو على محكم مرجح ليحل محل المحكمـين فـي الفـصل[٣] أو ترجيح أحدهما مشكلا بذلك الأغلبية[٤].

- يفضل الحل الأول، بما أن الممارسة التحكمية تأخذ به، على عكس الثاني الذي لم يعد يعمل بـه إلا في التشريعات التقليدية القديمة، وبغض النظر عن هذه المشاكل، لا نجد هناك مشاكل حقيقية أخـرى، لأن التحكيم أصبح يعتمد على عدد فردي[٥] من المحكمين فـي غالـب الأحيـان، وبالتـالي تـساوي الأصوات، يضحى استثنائيا ونادرا.

(ب)- <u>شرط الكتابة:</u>

- بديهي أن يكون قرار التحكيم في شكل وثيقة مكتوبة بما أنّ القانون الجديد للتحكيم يشترط توقيع كل المحكيمين، ولهذا أمسى من المعقول اليوم ألاّ نجد شرط الكتابة[٦] منصوصا عليه في بنود المعاهـدات الدولية المتعلقة بالتحكيم، إذ لا يعقل تطبيق وتنفيذ قرار تحكيمي أصدر شفويا[٧]. إنّ المادة ٤٥٨ مكرر

١٣ ف٣ تشترط الشكل الكتابي في القرار التحكيمي دون تحديد طبيعة هـذه الكتابـة "يكـون القـرار التحكيمي مكتوبا....." خلافا لبعض التشريعات التي تشترط إصدار القرار التحكيمي في عقد موثق كما هو الحال في إسبانيا والبرتغال[٨].

---

[١] . B دد ا ادة ٤٥٨ مكرر ١٣ أن يكون عدد ا كم فردي - كما Ʒتاج إ الترجيǴ إذا ما امتنع أحد ا كم عن إبداء رأيه ، وتساوʔ الباﻗ حǤ وإن كان العدد فردي.

[٢] . مثل ما كان عليه ا ال أ انيا الفيدرالية سابقا، واليابان والشيلي وا كسيȭ وباناما. أنظر R.DAVID, *Op Cit,* p٤٣٧.
أنظر أيضا ا ادة ٤٤٧ف٣ من ق. إ. م. ا زائري لسنة ١٩٦٦.

[٣] . مثل ا كسيȭ، الأرجنت والإكواتور. أنظر R.DAVID, *opcit,* p٤٣٧,

[٤]. مثل الشيلي. أنظر R.DAVID*, Op Cit,* p ٤٣٧

[٥] . أنظر A. MAHIOU, *Op Cit*, p ٧٢١ -أيضا- R. DAVID, opcit, p ٤٣٧

[٦] . أنظر ا ادة٤ من معاهدة نيويورك لسنة ١٩٥٨./ *رجع السابق*.

[٧] . القانون الإƱلوسكسو لا يشترط أن يكون القرار التحكيمي صادر شكل كتا . أنظر –
R.DAVID, *Op Cit*, p ٤٣٧ أنظر أيضا. R. DAVID, «Les contrats en droit Anglais » ed. *LGDJ*, paris, ١٩٨٥ p٢١٤-٢١٧

[٨]. أنظر - R. DAVID, *Op Cit*, p ٤٣٨

(ب)- شرط تأريخ وتوطين القرار التحكيمي:

- إنّ المدة المقررة لإصدار القرار التحكيمي يرجع تحديدها لإرادة الأطراف[١]، كما أنّ الإمتناع عـن مثل هذا التحديد لا يؤثر على صحة اتفاقية التحكيم[٢]، فالمحكمون حسب نص المادة ٤٥٨ مكـرر ١٣ مجبرين على الفصل في النزاع المعروض عليهم في الآجال الممنوحة لهم، ولا يمكن مراقبـة مـدى احترام هذه الآجال إلاّ إذا كان القرار التحكيمي متضمنا لتاريخ صدوره (٤٥٨ مكرر ١٣ ف٣).

- علاوة على هذا، يجب الإشارة أيضا للمكان الذي يصدر فيه القرار لمعرفة الجهة القضائية المختصة التي يوضع لديها نسخة من القرار التحكيمي، وإذا ما تخلف هذا البيان، يعتد بالمكان الذي حرر فيه إذا ما تضمنه القرار[٣].

- وفي موضع آخر، كثيرا ما يحدث أنّ المحكمين يعيّنون مكانا غير المكان الذي أصـدر فيـه فعـلا القرار التحكيمي، وذلك لإيداع هذا الأخير في محكمة عوض المحكمة الواجب إيداعه فيها، لإعتبارات تخص الأطراف[٤].

- يبقى التساؤل حول ما إذا كان تخلف بيان تاريخ القرار التحكيمي يترتب عنه البطلان؟ قبـل سـنة ١٩٩٣ كان الوضع في الجزائر شبيها بالوضع السائد في فرنسا قبل صدور المرسوم ١٩٨١ المعـدل لقانون الإجراءات المدنية، أين كان الاجتهاد القضائي آنذاك جد متفتحا بخصوص هذه النقطة، بحيـث

كان يقضي بصلاحية القرار التحكيمي المؤرخ بتاريخ لاحق لمدة صلاحية اتفاقية التحكيم، إذا ما علـم أن تحضيره وإعداده كان قبل انتهاء مدة الاتفاق. أبعد من ذلك وفي حالات أخـرى، كـان الاجتهـاد القضائي يعتد بقرار لا يحمل أي تاريخ، ما دامت أسباب حقيقية تسمح بتقديم وسائل اثبات مستوحاة من الظروف المحيطية، وينطبق الأمر أيضا على مكان صدور القرار التحكيمي[٥].

---

[١] . النظام التحكيمي ا زائري الفرنسي حددت ا دة ستة أشهر. أنظر N. TERKI, *Op Cit*, n° ١٦٩

[٢] . قبل ا رسوم التشريعي ٩٣-٠٩ كانت دد ا دة بثلاثة أشهر إبتداء من تاريخ تعي ا كم أنظر ا ادة ٤٤٤ ف ٥ من ق. أ. م. ا زائري.

[٣] . أنظر N. TERKI, *Op Cit*, n° ١٧٠

[٤] . أنظر R. DAVID, *Op Cit*, p ٤٤١

[٥] . راجع M.MENTALECHETA « L'arbitrage commercial en droit Algérien » éd OPU. ١٩٨٣ p ٨٢

- أما بعد صدور المرسوم التشريعي ٩٣-٠٩، صار شرط التأريخ ومكان صدور القرار التحكيمي من الشروط الإلزامية التي لا يمكن إغفالها في القرار التحكيمي، أي أنهما يشترطان تحت طائلـة بطـلان القرار[١].

(د)- <u>شرط توقيع القرار التحكيمي:</u>

- تنص المادة ٤٥٨ مكرر ١٣ ف ٥ "ويوقع كل محكم القرار التحكيمي، وإذا رفض أحـدهم توقيعـه يشير المحكمون الآخرون إلى هذا الرفض في قرارهم التحكيمي، وينتج عن هذا القرار التحكيمي نفس الأثر، كأنه موقع من جميع المحكمين". وهكذا يكون المشرع الجزائري مثل الكثير من القـوانين[٢] قـد اشترط أن يكون القرار التحكيمي موقعا من طرف كل المحكمين تحث طائلة الـبطلان. وفـي نفـس الإتجاه تسير معاهدة نيويورك لسنة ١٩٥٨، إذ تنص على حالة رفض اعتراف وتنفيذ قرار تحكيمـي غير موّقع من قبل المحكمين، إذا ما كان هذا الشرط مطلوبا حسب قانون البلـد الـذي جـرى فيـه التحكيم[٣].

- غير أنه إذا كانت المحكمة التحكيمية مشكلة من عدة محكمين، يكفي أن يكون القـرار التحكيمـي - كقاعدة عامة - موّقعا من طرف الأغلبية، مع الإشارة إلى رفض توقيع الأقلية على القرار، ويكـون هذا الامتناع دون تأثير على الآثار التي يرتبها القرار التحكيمي، بل بالعكس ينتج هذا الأخيـر "نفـس الآثار كأنه موقع من جميع المحكمين".

- للإشارة، إنّ هذه القاعدة ليست قاعدة مطلقة، لأنه يمكن الاتفاق على خلافها كما سبق وأن ذكرناه بصدد دراسة المادة ٤٥٨ مكرر ١٢، إضافة إلى أنّ القاعدة ليست مكرسّة من قبل القوانين كافة، بحيث نجد بعض التشريعات لا تقبل ولا تعتد بالقرارات التحكيمية إلا تلك التي تصدر بالإجماع[٤] أو الموقعة من طرف المحكم الرئيس[٥].

(١) . أنظر ا ادة ٤٥٨ مكرر ١٣ ف ٣ من ا رسوم التشريعي ٩٣-٠٩ -نفس ا ادة ١٤٧٢ ب. ج من ق. إ. م. الفرنسي أما ا ادة ١٨٢-٢ من القانون السويسري تشترط بيان التاريخ فقط.

(٢) . أنظر ا ادة ١٤٧٣ ق. إ. م. فرنسي- ا ادة ١٧٠١ من القانون القضائي البلجيكي.

(٣) . أنظر ا ادة ٥ ف١-د من معاهدة نيويورك./ *ا رجع السابق.*

(٤) . مثل القانون اليابا .

(٥) . أنظر ا ادة ١٨٩-٢ من القانون السويسري./ *ا رجع السالف الذكر.*

- ليصدر القرار التحكيمي صحيحا منتجا لكل آثاره، لا يكفي أن يستوفي جميع الشروط الشكلية المنصوص عليها في المادة ٤٥٨ مكرر ١٣، بل يجب أن يستوفي أيضا الشروط الموضوعية المنصوص عليها في التشريع الجديد وأخرى.

ثانيا: الشروط المتعلقة بمضمون القرار التحكيمي:

- إلى جانب الشروط الشكلية، توجد شروط أخرى تتعلق بمضمون القرار التحكيمي وهي لا تقل أهمية عن سابقتها، إذ يجب أول ما يجب من حيث الموضوع، أن يكون القرار مسببا (أ)، كما يجب أن يتضمن على غرار الأحكام القضائية، شروط أخرى، كإجراءات تشكيل المحكمة، ملخص للنزاع المفصول فيه، إدعاءات الأطراف، ومنطوق الحكم (ب).

(أ)- شرط تسبيب القرار التحكيمي:

- قبل صدور المرسوم التشريعي الجديد، لم يكن شرط تسبيب القرار التحكيمي منصوصا عليه صراحة ومع ذلك كان يعمل به عملا بالمبدأ العام المكرّس في القانون الجزائري والذي مفاده أنّ، كل قرارات وأحكام القضاء يجب أن تكون مسببة، وهذا ما نستشفه من المواد ٣٨، ١٤٤، ٢٦٤ من ق. إ. م الجزائري ومن المادة ١٤٤ من دستور ١٩٨٩. أما أمر سنة ١٩٧٥ المتعلق بالتحكيم الإجباري فيما بين المؤسسات، فكان يفرض صراحة تسبيب القرارات التحكيمية[١] وحذا حذوه النظام التحكيمي الجزائري الفرنسي لسنة ١٩٨٣، كل هذا في غياب اتفاقية مخالفة لذلك[٢].

- وأما الآن، نجد أن المادة ٤٥٨ مكرر١٣ ف٣ تكرّس صراحة[٣] هذا الشرط "يكون القـرار التحكيمـي مكتوبا ومسببا...". بناء على هذه المادة يكون المحكمون مجبرين[٤] على الإجابة عن كـل الأسـئلة التـي تطرح عليهم وذلك بتسبيب إجابتهم، كما يمكن أن تكون الأسباب والتعليلات ضمنية أو ناتجة عن إحالـة على وثائق أخرى، المهم أن تذكر لتمكين الجهة القضائية المختصة بالاعتراف والتنفيذ مراقبـة القـرار التحكيمي.

---

(١) . أنظر ا ادة ١٤ من الأمر ٧٥- ٤٤ ا ؤرخ ١٧ جوان ١٩٧٥ ا تعلق بالتحكيم الإجباري فيما بـ ا ؤسسات.

(٢) . أنظر A. MAHIOU, *Op Cit*, p ٧٢٢

(٣) . الـ تقابل ا ادة ١٤٧١ ف٢ من (ق. إ. م) الفرنسي وا ادة ١٨٩-٢ من القانون السويسري.

(٤). إن القانون الإنكليزي (Arbitration act ١٩٧٩) والقانون الدانماركي لا يشترطان هذا الشرط إلا إذا نصت عليه إتفاقية التحكيم.

- إنّ هذا الالتزام[١] الواقع على المحكمين يكتسي بالنسبة للاجتهاد القضائي التحكيمي طابع النظام العـام[٢] (المادة ٤٥٨ مكرر١٧ و٤٥٨ مكرر ٢٣ والمادة ٥- ف١. ب من معاهدة نيويورك)، كما أن هذا الـشرط يقدم على مستوى الممارسة عدة مزايا، فذكر الأسباب في القرار التحكيمي يبيّن للأطـراف مـا إذا أخـذ المحكم بعين الاعتبار الحجج والأدلة التي تمسكت بها أم لا، كما أنّ القرار التحكيمي المسبّب يكون قبوله أسهل لدى الأطراف مقارنة بغير المسبّب[٣].

(ب)- <u>شروط أخرnj:</u>

- خلافا للمرسوم التشريعي ٩٣-٠٩، نجد المادة ١٤٩٥ من ق. إ. م. الفرنسي الجديـد تحيـل إلـى الفصل الثالث منه المتعلق بالأحكام العامة المطبقة على كلا التحكيمـين (الـداخلي والـدولي) إذا مـا اختارت الأطراف تطبيق القانون الفرنسي، الذي ينص على الشروط المطلوبة في عملية تحضير القرار التحكيمي، والذي غالبا ما يبدأ بعرض موجز للظروف التي تشكلت فيها محكمـة التحكـيم، النـزاع المطروح على المحكمين وادعاءات الأطراف، الحجج المقدمة والإجراءات المتبعة (المادة١٤٧١)، كما يجب أن يتضمن القرار التحكيمي أسماء المحكمين، أسماء الأطراف وكذا محاميهم أو أسماء ممثليهم أو مساعديهم إن وجدوا (المادة ١٤٧٢)، ومنه نلاحظ أنه ينقص المرسوم التشريعي الجديـد مثـل هـذه المواد، وهذا لا يعني أن لا يعمل بها في التحكيم الذي يعتمد قانون الإجراءات المدنية الجزائري كقانون واجب التطبيق.

- كما لا ننسى أن نقول كلمة قصيرة حول مسألة منطوق القرار التحكيمي الذي يعتبر جزء لا يتجزأ مـن القرار مثل الحكم القضائي، وعليه يجب على المحكمين النظر والفصل في كل الطلبـات التـي تقـدمها

الأطراف، ولا يهم المكان الذي يحتله المنطوق في تحرير القرار التحكيمي (في الوسط أو عند نهاية الأسباب، أو حتى في بداية القرار) ما دامت الجزاءات التي انتهى إليها المحكمون تكون واضحة. وفي غضون هذا يمكن للمحكمين النظر في مسألة المصاريف والأجر[٤] وتحميلها الطرف الذي خسر الدعوى[٥].

---

[١] . ستدرس المسألة بالتفصيل أدناه، أنظر - طرق الطعن.

[٢] . أنظر M.MENTALECHETA, *Op Cit*, p ٨٣ et ٨٤

[٣] . راجع M.HUYS. G.KEUTGEN, *Op Cit*, p ٦٠٦ et ٦٠٧

[٤] . راجع R.DAVID, *Op Cit*, p ٤٣٨ et ٤٣٩ - أيضا M.MENTALECHETA, *Op Cit*, p ٨٣ et ٨٤.

[٥] . راجع المرجع السابق .

المطلب الثاني: آثار القرار التحكيمي:

- بمجرد صدوره مستوفيا للشروط المطلوبة لصحته، يترتب عن القرار التحكيمي ثلاثة آثار رئيسة هي: إنهاء مهمة المحكمة التحكيمية، الفصل في النزاع بصفة نهائية، وأخيرا إنشاء على عاتق الأطراف التزام تنفيذ القرار، وسندرس هذه الآثار في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: إنهاء مهمة المحكمين:

- يعيّن المحكمين لأداء مهمة محددة تنتهي عند إصدارهم القرار التحكيمي كما هو الحال بالنسبة للقاضي عندما يصدر حكمه "إنّ القرار التحكيمي يفصل في المنازعة، ينهي مهمة محكمة التحكيم"[١] (أولا) ومع ذلك يحتفظون بإمكانية القيام ببعض العمليات والإجراءات بشكل استثنائي (ثانيا).

أولا: نطاق الأثر:

- في غياب نص خاص بتفسير وتصحيح القرارات التحكمية في المرسوم التشريعي، لا يكون لهذا الأثر نفس المدى المعترف به للقضاة نظرا لاستثنائية المحاكم التحكيمية من جهة، وتحديد مدتها من جهة ثانية.

- عموما، يمنع على المحكمين تفسير قرارهم التحكيمي، غير أن هذا المبدأ غير معمول به في كل القوانين وبالإضافة إلى إمكانية المحكمين تصحيح أخطائهم المادية فقط (زلة القلم، الخطأ في الحساب، الأخطاء النحوية) وهذا ما تعبر عنه المادة ٢٩٤ ق. إ. م الجزائري لسنة ١٩٦٦ الخاصة بالطعن بالتصحيح أمام المحكمة العليا ضد القرارات التي تصدرها، نفس الشيء نجده في النظام التحكيمي الجزائري الفرنسي

لسنة ١٩٨٣ [٢] بل يصل الأمر في بعض القوانين إلى إعطاء المحكمين صلاحية تفسير قرارهم التحكيمي مثل ما كان عليه في الأمر ٧٥-٤٤ المتعلق بالتحكيم الإجباري[٣].

---

[١] . أنظر ا ادة ٤٥٨ مكرر١٦ من ا رسوم التشريعي ٩٣-٠٩.

[٢] . أنظر ا ادة ٣٤ من النظام التحكيمي ا زائري الفرنسي لسنة ١٩٨٣./ *رجع السابق*.

[٣] . أنظر ا ادة ١٥ من الأمر ٧٥-٤٤/ *رجع السابق*.

- نجد المادة ١٤٩٥ من القانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد تحيل إلى المادة ١٤٧٥ ف٢ الخاصة بالتحكيم الداخلي والتي تنص "ومع ذلك، للمحكم سلطة تفسير القرار، إصلاح الأخطاء و الاغفالات المادية التي تصيبه، وإكمال قراره إذا ما نسي الفصل في إحدى طلبات المدعى". نلاحظ أن المشرع الفرنسي مثل الأمر ٧٥-٤٤ السالف الذكر وخلافا للمرسوم التشريعي الجديد والقانون السويـسري يعطـي صـراحة للمحكم سلطة تفسير قراره التحكيمي[١].

- وفي هذا الإطار، نستطيع القول أنّ المبدأ الذي يمنع على المحكمين النظر في مسألة تفـسير قـرارهم التحكيمي أو على الأقل سكوت القانون عن ذكر مثل هذه الصلاحية، يتولد عنه مساوئ خطيرة الأثر على التحكيم الدولي، لاسيما عند تحديد الجهات القضائية التي ستكون مختصة فـي مثـل هـذه المواضـيع، وبالأخص في التحكيمات الحرّة، بما أن المشكل ينعدم في التحكيم النظامي[٢].

- وفي الأخير نشير إلى الحالات التي لا يمكن فيها للمحكم تفسير قراره التحكيمي، وهذا في ظل القـانون القضائي البلجيكي[٣]:

- حالة إنتهاء مدة إتفاقية التحكيم.
- حالة البدء في إجراءات طعن من الطعون الموجهة ضد القرار.
- حالة عدم إمكانية اللجوء إلى محكمة التحكيم لإستحالة جمع تشكيلتها (وفاة).

ففي هذه الحالات تكون المحكمة القضائية هي المختصة بتفسير القرار التحكيمي[٤].

<u>ثانيا: حدود نطا5 الأثر:</u>

- قبل التعرض لموضوع حدود نطاق أثر إنهاء مهمة المحكمين بالمعنى الدقيق، تجدر بنا الإشـارة إلـى الحالتين اللتين يمكن للمحكمين فيهما ودون أي شك تفسير قرارهم التحكيمي، وبالتالي فإنهما تشكل بطريقة أو أخرى قيودا لهذا الأثر.

---

[1] . التساؤل يطرح حول إمكانية النظر مرة أخرى النزاع بعد إبطاله من طرف الجهة القضائية المرفوع أمامها الطعن. هناك من يعطي هذه الصلاحية للمحكم المادة ١٤٨٥ ق. إ. م الفرنسي -المادة ٥٢-ف٢ من معاهدة واشنطن.

[2] . أنظر R. DAVID, *Op Cit*, p ٤٨٨

[3] . يقصد هنا بالتفسير: "هو ذلك التفسير الذي يهدف إلى توضيح فقرة غامضة أو مبهمة دون أية إضافة أو حذف، ولا يقصد به إزالة الأخطاء المادية التي يمكن أن تتسرب إلى القرار التحكيمي" أنظر، V. M.HUYS -G.KEUTGEN, *Op Cit*, p ٣٣٦-V.Art ١٤٧٥. NCPC. FR, Art ٣٥-١ (CNUDCI)

[4] . أنظر M.HUYS -G.KEUTGEN, *Op Cit*, Art ١٧٠٢-١٧٠٨ p ٣٣٦

- الأولى، عندما تتضمن اتفاقية التحكيم عبارات تظهر اتجاه إرادة الأطراف نحـو إعطـاء المحكمـين صلاحية النظر في كل النزاعات التي يمكن أن تثور بشأن العلاقات الاتفاقية للأطراف، وكذا كل النزاعات المتعلقة بتفسير القرار التحكيمي.

- والثانية، عندما يخوّل الأطراف للمحكمة التحكمية صلاحية تفسير القرار التحكيمي صراحة أو ضمنيا، كسكوت أحد الأطراف عن مبادرة الطرف الآخر حول الاستفسار من المحكمين عن فقرة غامـضة مـن القرار، دون أن ننسى حالة نسيان المحكمين النظر والفصل في نقطة من النقاط التي يمكن فـصلها عـن النزاع المحكوم فيه، أين يكون لهم إمكانية إكمال قرارهم عن طريق القرارات الإضافية[1].

- إنّ الاجتهاد القضائي التحكيمي وبعض التشريعات الوطنية تعتـرف للمحكمـين بـصلاحية تـصحيح الأخطاء المادية، و تفسير قراراتهم في بعض الحالات، ولكن تفرض عليهم مـن جهـة أخـرى إيـداع القرارات التحكيمية لدى الجهات القضائية المختصة (ب) وذلك بعد تبليغها للأطراف المعنية (أ) .

(أ)- تبليغ القرار التحكيمي:

- لم يتعرض المرسوم التشريعي ٩٣-٠٩ مثل قانون الإجراءات الفرنسي الجديد لمسألة تبليغ القـرار التحكيمي، كما فعل القانون السويسري في مادته ١٩٠-١ "يكون القرار التحكيمي نهائيا بمجرد تبليغه". إنّ هذا الإجراء يختلف تطبيقه من بلد لآخر، لكن في غالب الأحيان يبّلغ القرار التحكيمي للأطراف من طرف المحكمين أو من طرف رئيس محكمة التحكيم، أو من طرف لجنة تنظيم التحكيم فـي التحكـيم النظامي. أما في إنجلترا يكتفي المحكمون بإخطار الأطراف بأن القرار التحكيمي قد صـدر، ويكـون تسليم نسخ منه إلا بطلب من الأطراف مقابل تسديدهم مصاريف وأجور المحكمين، كما نجد فـي دول

أخرى إجراءات مختلفة عن هذه والتي تتمثل في إيداع القرار التحكيمي بكتابة ضبط المحكمة المختصة أولا وببعض الإدارات المعينة[٢] التي تشرف على تسليم نسخ من القرار التحكيمي للأطراف.

---

[١] . أنظر ا ادة ١٨٣ من القانون السويسري./ *مرجع السابق*، راجع أيضا M.HUYS -G.KEUTGEN, *Op Cit*, p ٣٣٥
[٢] .أنظر R. DAVID, *Op Cit*, p ٤٤١

- أما في ظل الأمر ٧٥-٤٤ كانت المادة ١٩ منه تكرس حلا وسطا، بحيث كان المحكمـون يبلغـون القرار التحكيمي إلى كل الأطراف المعنية، ويسلمون نسخة للوزارة الوصية، ولوزارة الماليـة، وكـذا للوزارة المكلفة بالتخطيط[١]. ونشير إلى أنه إذا قبل كل أطراف النزاع القرار التحكيمي، يعطيـه هـذا الإجراء حجية الشيء المقضي فيه، وبدء سريان المواعيد المقررة لطلب إبطاله أو إستئنافه.

(ب)- إيداع القرار التحكيمي:

- يترتب عن إيداع القرار التحكيمي أو تسجيله بالمحكمة المختصة إعطائه تاريخا أكيدا وثابتا لحساب المواعيد[٢] المتعلقة بالتنفيذ والطعون، كما يعتبر هذا الإجراء في بعض القوانين الأخرى إجراء سـابقا لطلب تنفيذ القرارات التحكيمية، ومن ثمة السماح للجهات القضائية المختصة مراقبة القـرارات التـي يطلب تنفيذها على إقليمها (المادة ٤٥٨ مكرر١٧ ومكرر١٨)[٣] دون تحديد آجال لذلك[٤].

- وحسب نص المادة ٤٥٨ مكرر ١٩، يتم إيداع القرار التحكيمي- مرفوقا باتفاقية التحكـيم - لـدى الجهة القضائية المختصة من طرف "أحد المحكمين، أو الطرف المعنـي بالتعجيـل"[٥] وذلـك مقابـل مصاريف الإيداع التي يتحملها أطراف النزاع.

- إلى جانب أثر إنهاء مهمة المحكمين، يترتب عن صدور قرار التحكيم أثر آخر وهو الأهم، والمتمثل في الفصل في النزاع، وهو ما سنتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: الفصل في النزاع:

- إنّ الفصل في النزاع هو المهمة الأساسية والرئيسية للمحكمين، وهو كذلك رغبة الأطراف وهـدفهم في اللجوء إلى التحكيم، ولا يتجسد هذا الأمر إلاّ بآثاره، لاسيما تنفيذ القرار التحكيمـي الفاصـل فـي النزاع (ثانيا)، لكن قبل تنفيذه لابد من استفائه لكل الشروط السابقة الذكر، وأن يكون حائزا لقوة الشيء المقضي فيه (أولا).

---

(١) . راجع M. MENTALECHETA,*Op Cit*, p ٨٧ أيضا- A.MAHIOU, *Op Cit*, p ٧٢٥

(٢) . أنظر ا ادة ٤٥٢ من ق. إ. م. ا زائري ال دد ا دة بثلاثة أيام.

(٣) . كما هو ا ال نص ا ادة ١٤٩٨و ١٤٩٩ من ق. إ. م. الفرنسي ا ديد.

(٤) . راجع M.MENTALECHETA, *Op Cit*, p ٨٦ -أيضا- A.MAHIOU, *Op Cit*, p ٧٢٥ -أيضا- R.DAVID, *opcit*, p ٤٤٣

(٥) .أنظر ا ادة ٤٥٨ مكرر ١٩ من ا رسوم التشريعي ٩٣-٠٩.

أولا: إكتساب القرار التحكيمي حجية الشيء المقضي فيها:

- تنص المادة ٤٥٨ مكرر١٦ ف٢ : "ويكتسي القرار التحكيمي فور صدوره حجة الشيء المقضي فيه المتعلق بالنزاع الذي فصل فيه". وهكذا يكون المشرع الجزائري قد فصل بهذه المادة فـي الاخـتلاف الذي عرفه الاجتهاد القضائي التحكيمي، مؤيدا بذلك القسم الأكبر من الفقه الذي يقول باكتساب القـرار التحكيمي لهذه الحجية بمجرد صدوره مستوفيا للشروط المطلوبة لصحته، خلافا للـرأي القائـل بـأن القرار التحكيمي لا يكتسب هذه الحجية إلا بعد مهره بالصيغة التنفيذية[١].

- للتذكير، فإن مفهوم حجية الشيء المقتضي فيـه (*Autorité de la chose jugée*) يعـرف فـي القـانون الجزائري، ويتعلق الأمر بتلك القرينة القانونية على أن ما يتضمنه الحكم أو القرار يجـب أن يعتبـر صحيحا، وهذا المفهوم ينطبق على كل القرارات النهائية والقابلة للطعن، لأنها بعد استنفاذها كل طرق الطعن تنتقل إلى مرتبة أقوى وهي اكتسابها قوة الشيء المقضي به[٢] (*Force de la chose jugée*) .

- وعلى هذا الأساس يكون للقرار التحكيمي النهائي حجية الشيء المقضي فيه[٣] بمجرد إصداره بشرط أن يكون:

- غير مخالف للنظام العام.
- قد بلّغ للأطراف.

- غير قابل للطعن فيه أمام المحكمين، إذ في بعض الأحيان يمكن للأطراف أن يفترضـوا هيئـة تحكيمية للاستئناف في اتفاقهما، ونجد مثالها في التحكيمات المنظمة من طرف الجمعيات التجارية[٤] أو المؤسسات المتخصصة[٥].

- كان من الأصلح لو كرّس المرسوم التشريعي الجديد مثل هذا الافتراض في مواده، مدعما بذلك مبدأ حرية الأطراف واستقلاليتها في تنظيم التحكيم التجاري الدولي[٦].

---

(١) . راجع J.ROBERT, *Op Cit*, p ٢٧٤

(٢) . راجع M.MENTALECHETA, *Op Cit*, p ٨٨- أيضا- M.HUYS - G.KEUTGEN, *Op Cit*, p ٣٣٣

(٣) . إنّ هذا المفهوم غير معروف في القوانين الأنجلوسكسونية.

(٤) . تعد جمعيات غرف التجارة أكثر من ٨٠ من مجموع ١٢٧ اتفاقية تنص بشكل أو بآخر على مثل هذا الإستئناف

(٥) . راجع R.DAVID, *Op Cit*, p ٤٩٥ - أيضا- M.HUYS - G.KEUTGEN, *Op Cit*, p ٣٣٤

(٦) . أنظر على سبيل المثال المادة ٤٥٨ مكرر ٢، مكرر ٦ من المرسوم التشريعي ٩٣-٠٩.

ثانيا: الالتزام بتنفيذ القرار التحكيمي:

- إنّ الأثر الرئيسي الذي ينتجه القرار التحكيمي يكمن في الالتزام الواقع على عاتق الأطراف لتنفيذ القرار المتخذ من طرف المحكمين، ونشير إلى أنّ في غالبية الحالات ينفذ القرار التحكيمي إراديا من قبل الطرف الخاسر، خاصة إذا كان الخصوم يعتبرون النزاع مجرد حادث عابر تخلل علاقاتهم التجارية المتكررة أو إذا كان تحكيم الخصوم منظم من طرف جمعيات مهنية.

- ونذكّر فقط إلى أن القرار التحكيمي لا يكتسب قوة الشيء المقضي به إلا بعد إتمام شكليات توقيعه وتبليغه للأطراف، علاوة على أنّ الاعتراف له بحجية الشيء المقضي به يكون بمقتضى أمر التنفيذ الذي يصدره رئيس المحكمة المختصة "حسب الشروط المنصوص عليها في المادة ٤٥٨ مكرر ١٧ الفقرة الثانية وذلك في غياب التنفيذ الطوعي للقرار التحكيمي"[١].

- للإشارة، فإن وجود القرار التحكيمي بعد استكمال كل مراحله ليس غاية في حد ذاتها، وإنما الهدف منه هو استيفاء الحق من الخصم بتنفيذ الحكم الذي جاء في القرار التحكيمي، وليتم ذلك، لابد من قبل مراعاة إجراءات الاعتراف به.

المبحث الثاني: الاعتراف بالقرارات التحكيمية وتنفيذها وطرق الطعن فيها:

- إنّ مبدأ حرية الأطراف المترسخ في مختلف المراحل السابقة للتحكيم وموجهها يوشك أن يفقد تأثيره في مرحلة تنفيذ القرار التحكيمي لاسيما إذا طلب ذلك من الجهات القضائية وإذا ما ينفذ هذا القرار طوعا بالرغم من تباطئها وصعوبتها. ولهذا يكون من الضروري في مثل هذه الحالات التوجه للمحاكم

المختصة لطلب التنفيذ الجبري[2] وإلاّ بقي القرار حبرا على ورق. وعليه سنتعرض لهذه المسائل الخاصة بالاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية (المطلب الأول) ثم نتعرض إلى طرق الطعن التي يمكن استعمالها ضد هذه القرارات وتنفيذها (المطلب الثاني) .

---

(1) . أنظر المادة ٤٥٨ مكرر١٦ الفقرة الثانية من المرسوم التشريعي ٩٣-٠٩.

(2) . راجع Ph. FOUCHARD, *Op Cit*, p ٥٤٠

المطلب الأول: الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية:

- عندما يصدر قرار تحكيمي ويرفض الطرف المحكوم عليه تنفيذه باختياره الحر (الفرع الأول)، أي سلطة أخرى غير القاضي يمكنها التفوق على هذه المقاومة، وهكذا فإن تدّخل الجهات القضائية هو الوحيد الذي يضمن تنفيذ القرار التحكيمي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التنفيذ الطوعي للقرار التحكيمي:

- إنّ الممارسة في ميدان التحكيم التجاري الدولي تخبرنا بأنه في أغلب الأحيان، ينفذ القرار التحكيمي الذي - مبدئيا- قد فصل في النزاع الذي يجمع طرفي اتفاقية التحكيم، بطريقة اختيارية من الطرف الذي صدر القرار لغير صالحه (ضده) [1].

- إنّ هذه المسألة في حقيقة الأمر، لا تثير أية إشكال ولا تستدعي الإطالة فيها، ولهذا سنتطرق إليها بصورة مختصرة مكتفين ببعض الملاحظات، تاركين التفاصيل لمسألة التنفيذ الجبري التي تحظى بأهمية أكبر.

- في هذا الإطار، نجد أن كل القرارات التحكمية تقريبا، التي صدرت ضد المؤسسات العمومية الجزائرية، قد نفذت من غير تدّخل قاضي التنفيذ[2]، وتبرر استجابة المؤسسات الوطنية لهذا التنفيذ الطوعي برغبتها في اللجوء إلى الأنظمة التحكيمية التي تضمن تنفيذ القرارالتحكيمي بقوة القانون أو ما يسمى (*Exécution de plein droit*) كما هو الحال في النظام التحكيمي الجزائري الفرنسي لسنة ١٩٨٣

وبعض الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر[٣] والمتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمارات في الجزائر، التي تحيل إلى النظام التحكيمي للمركز الدولي لتسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمارات *(CIRDI)*[٤].

- كما نجد أيضا في أحيان أخرى، لجوء الأطراف أنفسهم إلى تكريس مثل هذا الحل في اتفاقهمـا، أي إدراج شرط تنفيذ القرار التحكيمي بقوة القانون لاسيما التحكيمات الخاصة[٥].

[١] . راجع. ع. عباس و ج. هواش، *المرجع السابق*، ص٤٩٩ رقم ٢٥٨.

[٢] . أنظر M.BEDJAOUI- A.MEBRROUKINE, *Op Cit*, p٨٧٦ et ٨٩٨
M.ISSAD "Le décret législatif Algérien du ٢٥/٠٤/١٩٩٣ relatif à l'arbitrage international", *Op Cit*, p ٣٩٠.
M.TARARI-TANI, *Op Cit*, p ٢٨١, A.MAHIOU, *Op Cit*, p٧٠٣, ٧٠٤ et ٧٢٦.

[٣] . راجع مقدمة هذا البحث، لاسيما الهامش ص ١٥.

[٤] . أنظر المادة ٥٣ ف١ من النظام التحكيمي للمركز.

[٥] . أنظر R. DAVID, *Op Cit*, p ٤٩٢

- وعليه يكون تقبّل الأطراف تنفيذ القرار التحكيمي طوعا يغذيه دافع الشعور بالنزاهة وهاجس تأنيب الرأي العام من جهة، كما يدعمه أيضا خشية توبيخ وعقاب المجموعة التي تنتمي إليها من جهة ثانية[١]. كما تجدر الإشارة في هذا السياق إلى العرف المعمول به في البلدان الانجلوسكسونية والمتمثـل فـي إمكانية اتفاق الأطراف عند إبرام اتفاقية التحكيم على أن يكون للقرار أثرين هامين: أن يكون ملزمـا، ويفصل في النزاع بصفة نهائية (*Binding and final*)[٢].

- وبغض النظر عن كل هذه الاعتبارات، يكون تنفيذ القرارات التحكيمية في أحيان أخرى إلا بتـدخّل القاضي الوطني للأمر بتنفيذه جبرا.

الفرع الثاني: الاعتراف والتنفيذ الجبري للقرار التحكيمي:

- سبق وأن ذكرنا أنه في حالة امتناع الطرف المحكوم عليه تنفيذ القرار التحكيمي بمحـض إرادتـه، يتدخل القاضي الوطني لضمان هذا التنفيذ (ثانيا)، لكن قبل هذا يجب أن يكون القرار المـراد تنفيـذه معترف به من طرف الجهة القضائية المكلفة بالتنفيذ (أولا).

أولا: الاعتراف بالقرار التحكيمي الصادر في مجال التحكيم الدولي:

- قال أحد الكتّاب[٣] الجزائريين أنّ مفهوم الاعتراف بقرار أجنبي غير معروف في القانون الإجرائـي الجزائري، فالمادة ٣٢٥ من ق. إ. م. الجزائري، وهي المادة الوحيدة الموجودة في هذا المجال والتـي

تخص الاعتراف وتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبيـة، وكـذا العقـود المحررة من طرف الضباط العموميين أو الوزاريين الأجانب فقط، لكن بعد صدور المرسوم التشريعي الجديد نظمت مسألة الاعتراف في نص المادة ٤٥٨ مكرر١٧ [٤] والتي تذكر بعض الشروط (أ) إذا ما احترمت رتّب القرار المعترف به بعض الآثار (ب).

(١) . لمعلومات أكثر حول الموضوع راجع. ع.عباس- ج. هواش، *المرجع السابق*، ص ٥٠٠ إلى ٥٠٦.

(٢) . أنظر R. DAVID, *Op Cit*, p ٤٩١ et ٤٩٢

(٣) . أنظر M. ISSAD, *Op Cit*, p ٣٩٧

(٤) . مشابهة لنص المادة ١٤٩٨ ق. إ. م. الفرنسي الجديد المأخوذة هي بدورها من معاهدة نيويورك لسنة ١٩٥٨.

(أ)- <u>شروط الاعتراف بالقرار التحكيمي :</u>

- للاعتراف بالقرارات التحكيمية الصادرة في مادة التحكيم الدولي يجب توافر شرطين:

<u>1- شرط إثبات وجود القرار التحكيمي :</u>

- إنّ الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ مكرر١٧ تنص على أن "يتم الاعتراف في الجزائـر بـالقرارات التحكيمية الدولية إذا أثبت المتمسك بها وجودها". إن هذه الفقرة لا تثير أي إشكال، إذ يكون للطـرف الذي صدر القرار التحكيمي لصالحه طلب الاعتراف به من القاضي الجزائري المختص وذلك بإثبـات وجوده.

<u>أ- الوثائق المثبتة لوجود القرار التحكيمي :</u>

- إنّ وجود القرار التحكيمي يمكن إثباته بتقديم الوثائق المنصوص عليها في المادة ٤٥٨ مكـرر ١٨ والمتمثلة في النسخة الأصلية للقرار مرفقة باتفاقية التحكيم، وفي غياب هذه الوثائق الأصـلية، يمكـن إثبات ذلك بتقديم نسخ منها والتي تتوفر فيها الشروط المثبتة لصحتها.

<u>ب- إجراءات الاعتراف بالقرار التحكيمي :</u>

- بعد إعداد كل الوثائق المثبتة لوجود القرار التحكيمي، يجب على الطرف المعني بالتعجيل إيداعها[1] لدى الجهة القضائية المختصة لفحص وجودها وصحتها، لمنح القرار التحكيمي بعد هذه المراقبة الصيغة التنفيذية، كما يمكن لأحد المحكمين القيام بهذا الإجراء في شكل عريضة يقدمها للقاضي المختص، محمّلا الأطراف نفقات هذا الإجراء (المادة ٤٥٨ مكرر١٩).

---

(1). إنّ إيداع القرار التحكيمي ومجموع الوثائق المتعلقة به ليس إجباري القانون السويسري (المادة ١٩٣) المؤرخ ١٩٨٧.
أنظر M.BEDJAOUI – A.MEBROUKINE , *Op Cit*, p ٩٠٢

٢- شرط احترام النظام العام الدولي :

- إنّ المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي يضع في نفس المادة شرطا ثان للاعتراف بالقرارات التحكيمية ".... وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي"[1]. فهذا الشرط على خلاف الأول لا يتميز بنفس البساطة، لكون إدراج مفهوم النظام العام الدولي في المرسوم الجديد يعد شيئا جديدا بالنسبة للقانون الجزائري، مما يستوجب على القاضي الجزائري المختص احترامه في عملية الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الصادرة في مادة التحكيم الدولي، وإلا تعرض أمره المانح للاعتراف والتنفيذ للطعن بالاستئناف بمقتضى المادة ٤٥٨ مكرر ٢٣.ح أو للإبطال بمقتضى المادة ٤٥٨ مكرر٢٥.

- كما لا يخفى على أحد، أنه لا يوجد إلى حد الآن في القانون الجزائري، نظرية عامة لمفهوم النظام العام الدولي، ولذا يبقى المفهوم موضوعا للمحاولات الفقهية والقضائية التي تسعى لبناء نظرية عامة له في الجزائر. وفي هذا الإطار يمكننا الإشارة إلى محاولة الأستاذ "م. بخشي" الهادفة إلى تعريف قواعد النظام العام الدولي بالجزائر والتي مفادها :"يكمن في واجب احترام سلطة المراقبة المخولة للسلطات (الإدارات) العمومية المكلفة بالعلاقات المالية مع الخارج، ومبدأ حسن النية في المعاملات الاقتصادية الدولية، وكذا احترام المبادئ الأساسية للعدالة مهما كانت، لاسيما حقوق الدفاع"[2].

- وعليه، فإذا كانت مشكلة احترام النظام العام في المعاملات الداخلية تثير بعض المشاكل، فإنه رغـم صعوبتها ودقتها يبدو أنه من السهل ضبطها وحلها. والأمر ليس كذلك بالنسبة لاستخدام هـذه الفكـرة على الصعيد الدولي لاسيما في معاملات التجارة الدولية، ذلك لأنه من ناحية، ليس كل حكـم يتعلـق بالنظام العام في التطبيق الداخلي للنصوص هو بالضرورة كذلك على الصعيد أو التطبيق الدولي، وذلك بالنظر إلى طبيعة الاختلافات بين النظم القانونية والاجتماعية بين الدول[3].

---

[1]. أنظر المادة ٤٥٨ مكرر ١٧ ف١ - من المرسوم التشريعي ٩٣-٠٩ - إذا قارنا هذا النص مع المادة ١٤٩٨ ق.إ.م الفرنسي نجد أن هذا الأخير يضيف "ظاهرة" حرف حال: المخالفة ظاهرة (L'adverbe: manifestement) والذي يعني أن المخالفة النظام العام الدولي تلاحظ بمجرد مراقبة سطحية للقرار. أنظر. TARARI- TANI , *Op Cit*, p ٢٦٩

[2]. أنظر M. BEKHECHI , *Op Cit*, p ٦٩

[3]. أنظر B.GOLDMAN « Les conflits des lois dans l'arbitrage international de droit privé » Revue de l'académie de la Haye, ١٩٦٣, vol II, p٤٣٠-٤٣٤.

ويترتب على ذلك بالضرورة القول بعدم تطابق فكرة النظام العام الداخلي في كل الأحوال أو الحـالات مع فكرة النظام العام على الصعيد الدولي، خصوصا في مجال التحكيم التجاري الذي يجنبها الخضوع للقواعد الصماء في القوانين الداخلية والتي قد لا تستوعب بالضرورة معطيات التبادل التجاري الدولي.
ومن ناحية أخرى، يبدو من الصعب القول بتحديد جوهر ملموس لفكـرة النظـام العـام "الـدولي" أو بمفهومه الدولي[1]– على الأقل في القانون الجزائري – رغم أن الفكرة بدأت – على المستوى الـدولي – تأخذ معنى حقيقيا وجديا، بعيدا إلى حد ما عن المعنى الحرفي لفكرة النظام العام في القوانين الوطنيـة.
من ثمة يمكن التساؤل مع البعض[2]، هل تعني فكرة النظام العام بمفهومه الدولي، القانون الطبيعي على المستوى العالمي، أم مبادئ العدالة العالمية أو الأخلاق، أو مبادئ ما يسمى بالدول المتحـضرة كمـا يزعم البعض أم مبادئ العدالة المطلقة؟ ومع ذلك يمكن القول بأن فكرة النظام العـام الـدولي تعنـي القواعد المعيارية التي تعتبر بمثابة الحد الأدنى أو القياسي التي يفرضها واقع المجتمع الدولي لحمايـة حقوق الإنسان.

- وبهذا الصدد يقع على كاهل المحكم في الواقع، مراعاة اعتبارين:

- أولهما: ضرورة مراعاة سلامة إجراءات التحكيم واحترام حقوق الدفاع وفقا للقـانون أو القواعـد التي تسري على هذه الإجراءات، سواء كانت اتفاقية أو وفقا للقانون الذي اختاره الخصوم أو قانون دولة التحكيم أو حتى نظام تحكيمي لهيئة تحكيمية.

- ثانيهما: ضرورة وضع في اعتباره دائما احترام القواعد المتعلقة بالنظام العام للدولة التي ينفذ على إقليمها قرار التحكيم، وهذا ما أشارت إليه المادة ف ٢- ب من اتفاقية نيويورك التي نص على أنه يجوز للسلطة المختصة في دولة التنفيذ رفض الاعتراف بالقرار وتنفيذه إذا تبين لها "أن الاعتراف بقرار المحكمين أو تنفيذه يخالف النظام العام".

---

(١) . يذهب البعض من الفقه أن ديد جوهر فكرة النظام العام، ديدا ملموسا، هو مقدور ا كم الدولي بإعتبارهم "قضاة" التجارة الدولية، بل مقدورهم ديد ذاته بصفة مستقلة عن فكرة النظام العام القوان الداخلية، بل ويتطى هذه الفكرة وملصيها من اعتبارات القانون الداخلي. راجع M. LEBOULANGER, «Remarques sur la règle dite «ordre public» appliqué au stipulations de garanties monétaires dans les contrats internationaux”, in *JDI,* ١٩٦٣, p ٨٥ et ٨٦. V. aussi Ph.FOUCHARD*, Op Cit,* p ٣٩٩ et ٤٠٠.

(٢) . راجع H.ROLIN, ”Vers un ordre réellement international", in Hommage d'une génération de juristes au président Basdevant, paris, ١٩٦٠, p ٤٤٣.

- من المستقر عليه في الفقه والقضاء أن الاعتبارات المتعلقة بالنظام العام المستمدة من القوانين الداخلية لا يجوز "إسقاطها" بطريقة ميكانيكية أو تلقائية على قرارات التحكيم التجاري الدولي، ومن ثمة، يلاحظ أن أحكام القضاء الوطني ترسم لفكرة النظام العام الدولي مجالا أضيق من ذلك الذي تعطيه لهذه الفكرة على الصعيد الداخلي[١].

- وعلى هذا الأساس، نقول أن النظام العام الدولي، يعد بمثابة "ملطف" ومصلح استثنائي يسمح بإبعاد التشريع الأجنبي الواجب التطبيق أصلا إذا ما تضمن أحكاما يعتبر تطبيقها غير مقبول من طرف المحكمة التحكيمية المختصة"[٢].

- وبالاعتماد على حرفية النص، فإن إعمال فكرة النظام العام الدولي يكون إلا في حالات (أسباب) عامة يمكن أن تؤدي إلى تدخله في مرحلة الاعتراف أو تنفيذ القرارات التحكيمية وهي على ثلاثة أنواع: حالة الغش (التحايل على القانون) بصفة عامة، مخالفة إحدى الإجراءات الجوهرية (مخالفة مبدأ الوجاهية أو حقوق الدفاع)، وإذا كان موضوع النزاع من المواد التي لا يجوز فيها التحكيم.

- وما يمكن أن ننتهي إليه، هو أن النظام العام وإن كان دوليا فإنه دائما وطني، أي أنه النظام العام للقاضي الوطني (*Celui du for*) بمعنى النظام العام التابع للنظام القانوني للقاضي الوطني المختص ينتج كما هو معلوم أثرا سلبيا أي إبعاد تشريع أجنبي واجب التطبيق عملا بقاعدة تنازع القاضي الوطني من

جهة، وأثرا إيجابيا تفرض بمقتضاه بعض القواعد وإن كانت أجنبية، تدخلها وتطبيقها يفرض نفسه في هذا المجال[٣].

- نخلص بالقول أن المادة ٤٥٨ مكرر ٢٣ ح مثل ما هو الشأن بالنسبة للمادة ٤٥٨ مكرر ١٧ تهدف في عملية الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية التي يطلب تنفيذها في الجزائر إلى عدم مخالفة النظـام العام الدولي الجزائري.

[١]. راجع. أبو زيد رضوان" الضوابط العامة التحكيم التجاري الدولي"، مجلة الحقوق والشريعة جامعة الكويت، جويلية، ١٩٧٩، العدد ٢. ص ٦١,٦٥.

[٢]. Un correctif exceptionnel permettant d'écarter la loi étrangère normalement compétente lorsque cette dernière contient des dispositions dont l'application est jugé inadmissible par le tribunal saisi». In J.ROBERT, *Op Cit,* p ٣١١

[٣]. أنظر. J.ROBERT, *Op Cit*, p ٣١٢ et ٣١٣.

(ب)- آثار الاعتراف بالقرار التحكيمي :

- إنّ الأثر المترتب عن الاعتراف بالقرار التحكيمي يكمن في إدخال (إدماج) هذه القرارات في النظام القانوني الجزائري، وبالخصوص القرارات التحكيمية الأجنبية، ويرجع ذلك لكونها صادرة فـي إقلـيم غير إقليم الجزائر عكس القرارات الدولية التي تعتبر حسب المعيار الجغرافي قرارات وطنية صـادرة في مواد دولية. ورغم هذا التمييز، لا يوجد أي فرق (امتياز)[١] بين القرارين عند تنفيذهما في الجزائر إذا ما طلب الطرف المعني بالتعجيل ذلك.

- وهكذا، فإن الاعتراف بالقرارات التحكيمية يرجع للقضاء الوطني اختصاصه الأصلي الذي عطلـه الأطراف وتهربوا منه باختيارهم التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لفض نزاعهما.

ثانيا: التنفيذ الجبري للقرارات التحكيمية :

- إنّ تنفيذ القرارات التحكيمية الصادرة في إطار التحكيم الدولي أصبح في الوقت الحاضر سهل المنال والتحقيق، وذلك بفضل الاتفاقيات الثنائية[٢] المبرمة بين الدول وكذا وجود عـدة معاهـدات جماعيـة[٣] تسعى لتسهيل هذا التنفيذ. وفي هذا الإطار، نجد أن ممارسي التحكيم الدولي مجمعين على أن الغالبيـة الساحقة للتحكيمات الدولية يكون فيها تنفيذ القرارات طوعا، و يكون هذا صحيحا على الأقل في تنفيـذ

القرارات الصادرة في ظل المراكز الدائمة للتحكيم[٤]، والذي يعود نجاحها في ذلك إلى المحيط والمناخ اللذان يجري فيهما التحكيم، واللذان من شأنهما أيضا تشجيع الأطراف على إعـادة ودفـع علاقاتهـا الحميدة[٥]. ومع ذلك نجد حالات أخرى، يرفض فيها الأطراف لـسبب أو لآخـر الخـضوع للقـرار التحكيمي الصادر ضدها[٦]، ومنه يلجأ لقاضي التنفيذ لإجبار الطرف المتقـاعس علـى تنفيـذ القـرار التحكيمي بعد استيفاء الشروط الضرورية للتنفيذ ومراقبة إجراءات الاعتراف. ولهذا سنرى في بـادئ الأمر الجهة القضائية المختصة بالتنفيذ (أ) ثم الشروط المطلوبة لهذا التنفيذ (ب).

(١). أنظر P.BELLET -E.MEZGER, *Op Cit*, p ٦٩

(٢). إن الجزائر قد صادقت على ١٧ اتفاقية قضائية ثنائية. أنظر A.MAHIOU , *Op Cit*, p ٧٢٩ N° ٤٣

أنظر أيضا N.BENAMARA « L’arbitrage et le droit Algerien » in actes de seminaire, *Op Cit*, p ٤٥ et ٦٣

(٣). أنظر معاهدات جنيف (١٩٢٣ و ١٩٢٧ و ١٩٦١) ومعاهدة نيويورك لسنة ١٩٥٨./ *راجع السابقة*.

(٤) Selon le secrétaire général de la *(CCI)* estime que ٩٠ĕ des sentences rendues sous l’égide du centre sont exécutées volontairement. V. *Rev. Arb*. ١٩٧٧ p ٤٣.

(٥). M.HUYS - G.KEUTGEN, *Op Cit*, p ٦٢٥ et ٦٩٢

(٦). راجع R.DAVID , *Op Cit*, p ٤٩٦

(أ)- القاضي المختص بالتنفيذ :

- فيما يخص هذه المسألة، نجد المادة ٤٥٨ مكرر٢٠ تنص على أن تكون قرارات المحكمـين قابلـة للتنفيذ بموجب أمر صادر عن رئيس المحكمة بذيل أصل القرار أو بهامـشه ويتـضمن الإذن لكاتـب الضبط تسليم نسخة رسمية منه ممهورة بالصيغة التنفيذية، فدراسة مسألة قاضي التنفيذ وفق المرسـوم التشريعي الجديد (١) يمكن أن تكمّل بدراسة القانون الاتفاقي الجزائري (٢).

١- قاضي التنفيذ المختص في القواعد العامة للقانون الجزائري (ق.إ.م.إ) :

- يمكننا إثارة ملاحظتين بشأن المادة المذكورة أعلاه والمتمثلتين في :

أ- التمييز بين القرارات التحكيمية الدولية والقرارات التحكيمية الأجنبية :

- إنّ المرسوم التشريعي ٩٣-٠٩ مثل معاهدة نيويورك[١] لم يعرّف القرار التحكيمي خلافا لما جـرت عليه العادة فيما يخص التمييز في مرحلة الاعتراف والتنفيذ بين القرار الوطني الـصادر فـي مـادة التحكيم الدولي والمسمى بالقرار التحكيمي الدولي والقرار الأجنبي[٢].

- إنّ المعيار المعوّل عليه في هذا التمييز هو معيار سهل، إذ يعتبر القرار التحكيمي وطني إذا صدر في إقليم دولة القاضي المختص بتنفيذه، ويكون أجنبي إذا صدر القرار خارج إقليم دولة القاضي المختص بالتنفيذ[3]، وهكذا نلاحظ أن التمييز يقوم على معيار جغرافي[4]، والذي يمكن الأخذ به في المرسوم الجديد وذلك بتطبيق أحكام معاهدة نيويورك، فضلا عن التمييز الذي وضعه المشرع نفسه في مجال طرق الطعن[5].

(1). خلافا لمعاهدتي جنيف لسنة ١٩٢٣ و ١٩٢٧، المرجع السابق.
(2). راجع B.ABDERAHMANE, *Op Cit*, p ٢١٥
(3). راجع J.ROBERT, *Op Cit*, p ٣١١
(4). إنّ هذا المعيار مكرس صراحة في التقنين البلجيكي (المادة ١٧١٩)، الدول الأنجلوسكسونية، الدول الأسكندينافية وكذا معاهدة نيويورك تشير إلى أن بعض القرارات الصادرة في إقليم دولة منظمة يمكن أن لا تعتبر حسب قانون هذه الدولة قرارات وطنية. - راجع R.DAVID, *Op Cit*, p ٤٩٨
(5). أنظر المواد ٤٥٨ مكرر ٢٣ و ٤٥٨ مكرر ٢٥، من المرسوم التشريعي ٩٣-٠٩.

- كما لا ننسى أن نشير إلى رأي بعض الكتّاب في هذا الموضوع، والذين يعتبرون هذا التمييز اصطناعي وغير مفيد، وفي هذا السياق نشير إلى مقال الأستاذين "إ. ميزغير" و "ب.بيلي" اللذان يعلقان فيه على نص المادتين ١٤٩٨ و ١٤٩٩ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد المقابلتان للمادتين ٤٥٨ مكرر ١٧ و ٤٥٨ مكرر ١٨ من المرسوم الجديد "إنّ تحليل هذه المواد، يبين لنا رغم الاندماج والتوحيد الظاهر للنظام القانوني للقرارات الصادرة في مواد التحكيم الدولي والقرارات الأجنبية، لم يفد هذه الأخيرة، بل أنه لم يفد حتى القرارات الوطنية، إذ الاعتراف بها وتنفيذها في فرنسا، لا يحظى بأي امتياز بل بالعكس!"[1].

ب- إجراءات تنفيذ القرارات التحكيمية :

- إنّ تنفيذ القرار التحكيمي بمقتضى المادة ٤٥٨ مكرر٢٠ لا يخضع لإجراء المناقشة والمواجهة بين الأطراف، بل يكون بمجرد أمر على عريضة يصدره رئيس المحكمة المختصة بذيل القرار أو هامشه، ليصبح ممهورا بالصيغة التنفيذية، ويكون قاضي التنفيذ المختص حسب المادة ٤٥٨ مكرر ١٧ ف ٢:

- إما رئيس المحكمة التي صدرت القرارات في دائرة اختصاصها إذا كان مقر التحكيم بالتراب الجزائري.

- وإما رئيس محكمة محل تنفيذ القرار إذا كان مقر المحكمة التحكيمية خارج التراب الجزائري.

- إذن تصبح القرارات التحكيمية قابلة للتنفيذ بعد مهرها بالصيغة التنفيذية عـن طريـق أمـر علـى عريضة يرسل مباشرة للقاضي المختص من طرف أحد المحكمين أو من الطرف المعنـي بالتعجيـل، دون حاجة لإخطار الطرف الآخر.

- وتجب الملاحظة إلى أن طلب تنفيذ القرارات التحكيمية مثل ما هو الحال في الاعتـراف يـستوجب توافر شروط معينة والتي اختصرت فيما يلي: على الطرف الطالب لتنفيذ القرار التحكيمي تقديم النسخة الأصلية للقرار مرفوقا باتفاقية التحكيم، وفي غياب مثل هذه الوثائق يقدم نسخا منهـا ثابتـة الـصحة (المادة ٤٥٨ مكرر١٨)[2] وتودع لدى الجهة القضائية المختصة (٤٥ مكرر١٩) بشرط ألاّ

[1]. أنظر ٦٣٧ P.BELLET – E.MEZGER , *Op Cit,* p

[2]. ونشير إلى أنه في حالة ما إذا كانت الوثائق محررة بلغة غير اللغة المستعملة في بلد التنفيذ (العربية في الجزائر) يجب على الطرف المطالب بالتنفيذ تقديم ترجمة لها يشهد عليها مترجم رسمي أو مترجم محلف، أو عون ديبلوماسي أو قنصلي. فرغم أن هذا الشرط غير منصوص عليه في المادة ٤٥٨ مكرر ١٨ خلافا لنص المادة ١٤٩٩ ق.إ.م. الفرنسي، يمكن للقاضي الجزائري إشتراطه تطبيقا للمادة الرابعة من المعاهدة - راجع ع.عباس - ج.هواش المرجع السابق ص ٥١١.

يكون تنفيذ هذا القرار مخالفا للنظام العام الدولي (٤٩٨ مكرر ١٧ ف١)، مع التذكير أنّ نفقات إيـداع طلبات التنفيذ تكون على عاتق الأطراف (٤٥٨ مكرر١٩ ف٢) ولا تكون هذه القرارات بعدما تـصبح قابلية للتنفيذ حجة على الغير (٤٥٨ مكرر ٢١).

- وهكذا يكون منح القرارات التحكيمية الصيغة التنفيذية، مبسط إلى أدنى حد، ويتم في آجال قـصيرة نوعا ما، بما أن القاضي المختص حسب مفهوم المادة ٤٥٨ مكرر ١٧ يكتفي بإجراء فحـص سـريع للتأكد من خلاله من احترام النظام العام الدولي فقط، وهذا بعد التأكد -بطبيعة الحـال- مـن وجـود وصحة القرار التحكيمي لإعطائها الصيغة التنفيذية[1].

٢- قاضي التنفيذ في القانون الإتفاقي الجزائري :

- يمكننا في إطار دراسة القانون الاتفاقي الجزائري، ذكر اتفاقيتين فيمـا يخـص تنفيـذ القـرارات التحكيمية، يتعلق الأمر بالنظام التحكيمي الجزائري الفرنـسي المـؤرخ فـي ٢٧ مـارس ١٩٨٣ (أ) ومعاهدة نيويورك المؤرخة في ١٠ جوان ١٩٥٨ (ب).

أ- النظام التحكيمي الجزائري الفرنسي لسنة ١٩٨٣ :

- تنص المادة ١٧ الفقرة الأولى من النظام "يلتزم الأطراف بتنفيذ القرار في الآجال المقررة من طرف محكمة التحكيم .... مع التنازل على كل الطعون" نلاحظ أن هذه المادة تقترب من المادة ٥٣ من النظام التحكيمي للمركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات التي تكرس الالتزام النهائي للأطراف بقبول صلاحية المحكمة التحكيمية في الأمر بالتنازل عن أي طعن كان. يظهر من هذا النظام أن تنفيذ القرارات يرتكز على التنفيذ الإرادي للأطراف، ويكون تدّخل الجهات القضائية المختـصة إلا لإعـادة توطين (*Relocalisation*) القرارات التحكيمية في الأنظمة القانونية الداخليـة، عمـلا بأحكـام الاتفاقيـة القضائية الجزائرية الفرنسية[٢] المؤرخة في ٢٧ أوت ١٩٦٤ أو بمقتضى القواعد العامة لقـانون أحـد البلدين[٣].

[١]. أنظر M. BEDJAOUI - A.MEBROUKINE , *Op Cit*,. p ٩٠٢. أنظر تفاصيل ا سألة الصفحة ١٠٦ أعلاℓ لاسيما ا امٓ ٤٠٨.

[٢]. إنّ هذℓ الإتفاقية θعل منĠ الصيغة التنفيذية للقرارات التحكيمية مثل الأحكام القضائية الفاصلة ا و٢ٓوع.

أنظر ا ادة ٧ منها - راجع M.ISSAD -,*Op Cit*, p ٣٩٨

[٣]. راجع A.MEBROUKINE « Le réglement d'arbitrage Alg - Fr ... » , *Op cit*, p ٢٢٤

ب- معازادة نيويورp لسنة Č٩٥٨:

- بانضمام الجزائر إلى معاهدة نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ القـرارات التحكيميـة الأجنبيـة، وبغض النظر عن إغفال المادة ٤٥٨ مكرر١٧ الإحالة على أحكامها، تحاول الجزائر إعطاء الفعاليـة اللازمة للقرارات التحكيمية الأجنبية معتمدة على قواعد القانون الدولي في هذا الميدان[١].

- وفيما يخص الاختصاص والإجراءات المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية، تحيل المـادة الثالثة من المعاهدة على القواعد الإجرائية للبلد الذي يطلب فيه التنفيذ مستعملة صياغة مرنة "لا يطبق في الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الخاضعة لهذه المعاهدة شروط تكون أكثر صرامة نوعا مـا من تلك المطلوبة للاعتراف أو تنفيذ القرارات التحكيمية الوطنية"[٢] إنّ عبارة " شروط أكثـر صـرامة نوعا ما" حسب الأستاذين "م.ديهوسي" و "ب. جولدمان" عبارة غير موفقة (مقنعة)، بحيث أن الشروط الموضوعية لمنح الصيغة التنفيذية نصت عليها المعاهدة في المادة الخامسة منها، ولهذا يـكون مـن الاصوب فهم الشروط المنصوص عليها في المادة الخاصة بإجراءات منح التنفيـذ، كتحديـد الجهـة القضائية المختصة مثلا[٣].

- ونتيجة لما سبق، يجب على القاضي الجزائري المختص أن يلتزم ضمنيا وبطريقة غيـر مباشـرة: تفادي إخضاع إجراءات الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية لشروط أكثر صرامة من تلـك

المطلوبة لتنفيذ القرارات التحكيمية الوطنية الصارة في مجال التحكيم الدولي، وكـذا تطبيـق أحكـام المعاهدة لاسيما المادة الرابعة منها التي نقلتها المادة ٤٥٨ مكرر ١٨ من المرسوم التشريعي ٩٣-٠٩ المتعلقة بالوثائق اللازمة للاعتراف أو تنفيذ القرارات التحكيمية[٤]

[١]. أنظر A.MAHIOU , *Op Cit*, p ٩٢٠

[٢]. "لا تخضع اعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية التي تطبق عليها هذه المعاهدة لشروط أكثر صرامة بشكل ظاهر أو مصاريف قضائية أكثر كلفة بشكل ظاهر من تلك التي تشترط ...".

[٣]. أنظر B.GOLDMAN et M.DEHAUSSY in ENCY DALLOZ JUR, REP dr. inter Tome (I) Abandon de famille –Extradition-) – Arbitrage p ٢٨٨ n° ٢٩٣ et ٢٩٤

[٤]. أنظر B.BEKHECHI, *Op Cit,* p ٧٠.

(ب)- محل مراقبة قاضي التنفيذ :

- إنّ مسألة محل مراقبة التنفيذ أو شروط منح التنفيذ سندرسها على ضوء التشريع الجديـد الخـاص بالتحكيم الدولي (١) ومعاهدة نيويورك التي يمكن تطبيقها[١] لإتمام فراغ هـذا الأخيـر فيمـا يخـص الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية لاسيما الأجنبية(٢)[٢].

ج- في القانون الجزائري :

- إنّ مراقبة شروط منح الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي في المرسوم التشريعي الجديد تظهـر جـد بسيطة، بما أنّ القاضي المختص طبقا للمادة ٤٥٨ مكرر١٧ ف٢ يمنع عليه إعادة النظر فـي عمـل المحكمين، إذ سلطته تنحصر في الخيار بين منح أو رفض الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي بعد معاينة الوثائق التي تثبت وجوده، علما أن خيار القاضي هذا يرتكز على مدى مطابقة أو مخالفة القرار للنظام العام الدولي[٣].

- وفي هذا الاتجاه، يتجه شرّاح قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديـد، إذ يعتبـرون أن قاضـي التنفيذ يمارس مراقبة شكلية على القرار التحكيمي لا غير[٤]، أما مراقبة الموضوع يكون فـي مرحلـة لاحقة عن طريق المرافعات والفحص المعمّق للعيوب (الأسباب) المثارة في الطعون المقدمة[٥]، ويمكن

العمل بهذه الإجراءات في القانون الجزائري أيضا بما أن مواد المرسوم التشريعي ٩٣-٠٩ مـشابهة للقانون الفرنسي المذكور أعلاه، على الأقل فيما يخص المواد المتعلقة بتنفيذ القرارات التحكيمية.

- أضّف إلى ذلك إمكانية القاضي المختص بالتنفيذ إحالة الأطراف على القضاء المـستعجل لإجـراء المرافعات الوجاهية على الفور، والتي يتم فيها فحص شروط منح التنفيذ بشكل أدق[٦].

[١]. إنّ إنضمام الجزائر للمعاهدة، يؤدي إلى تطبيق أحكامها علما أنها تعلو التشريع.

[٢]. لأن القرارات التحكيمية الدولية تعتبر كأحكام قضائية وطنية.

[٣]. راجع M.MENTALECHETA, *Op Cit,* p ١٠١

[٤]. راجع ع. عباس - ج. هواش/ *مرجع السابق*. ص.٥٠٨، ٥٠٩، ٥١٠. راجع أيضا N. TERKI, *Op Cit,* n° ١٨٢ و لمزيد من التفاصيل حول مسألة مراقبة القرارات التحكيمية الأجنبية وتطور النظام من نظام المراجعة إلى نظام المراقبة أنظر M.ISSAD, *Op Cit*, p ٧٣-٦٣

[٥]. راجع R. DAVID, *Op Cit,* p ٥٠٩،٥١٠،٥٣٥, et ٥٣٦

[٦]. أنظر ENCY- DALLOZ, *Op Cit,* p ١٣٤ n°

- بعد هذا، يطرح التساؤل حول ما إذا كان المشرع الجزائري- مثل نظيره الفرنـسي- يلمّـح إلـى إجراءات الاستعجال المشار إليها في معاهدة نيويورك في مواد مراقبة شروط منح التنفيـذ وإمكانيـة رفضه إذا ما عاين حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة الخامسة منها، ونذّكر مرة أخرى أن هذه الأحكام يمكن للقاضي الجزائري المختص تطبيقها في مرحلة الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية على التراب الجزائري، وعليه تكون دراسة هذه الأحكام ولو بإيجاز ذات أهمية.

٢. في معاهدة نيويورك:

- إنّ الأسباب التي من أجلها يرفض منح الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي في هذه المعاهدة هي على نوعين، نوع يثار تلقائيا من طرف القاضي المختص بالتنفيذ (أ)، ونوع يثار بناء على طلب الطـرف الذي يكون تنفيذ قرار التحكيم لغير صالحه (ب).

أ- الرفض التلقائي للتنفيذ:

- بمقتضى المادة الثانية، الفقرة الثانية من المعاهدة، يمكن للقاضـي رفـض الاعتـراف أو/ وتنفيـذ القرارات التحكيمية الأجنبية من تلقاء نفسه، إذا تبيّن له أنّ النزاع منصب على إحدى المواد غير القابلة للتحكيم[١] أو إذا كانت القرارات حسب قانون بلد قاضي التنفيذ مخالفة للنظام العام[٢].

ب- رفض التنفيذ بطلب المدين:

- خلافا للحالة الأولى، نجد المادة الخامسة الفقرة الأولى من المعاهدة، تعدّد الحالات التي يمكن فيها لقاضي التنفيذ رفض الاعتراف أو التنفيذ بشرط أن يقدم له الطرف المعترض على التنفيذ الأدلة التي تثبت:

- عدم أهلية الأطراف لإبرام اتفاقية التحكيم (الفقرة أ)[٣].
- الفصل زيادة عن المطلوب أو تجاوز المهمة المسندة إلى المحكمين (الفقرة ج)[٤].

(١) . المادة الخامسة ف٢.أ . من المعاهدة، المقابلة للمادة ٤٥٨ مكرر ١٧ من المرسوم التشريعي ٩٣-٠٩.

(٢) . المادة الخامسة ف٢.ب. من المعاهدة، المقابلة للمادة ٤٥٨ مكرر١٧ من المرسوم التشريعي ٩٣-٠٩.

(٣) . أنظر المادة ٤٤٢ من المرسوم التشريعي ٩٣-٠٩.

(٤) . أنظر المادة ٤٥٨ مكرر ٢٣ ف أ، ب، د، و، من المرسوم التشريعي ٩٣-٠٩.

- عدم نظامية محكمة التحكيم أو مخالفة هذه الأخيرة للإجراءات (الفقرة ب.د)[١].
- أن القرار التحكيمي لم يصبح بعد إلزامي أو ألغي أو جمّد العمل به (الفقرة ه)[٢].

- على العموم يمكننا القول أن هذه الأسباب أو بالأحرى هذا النوع من الرفض للاعتراف أو تنفيذ القرارات التحكيمية، لم يلق نجاحا لدى المحاكم من حيث التطبيق، لأنه كثيرا ما يصعب بل يستحيل على الأطراف المدعى عليها إثبات هذه الأسباب (العيوب)[٣].

- من خلال ما سبق بيانه، نلخص إلى أن القرارات التحكيمية – سواء كانت أجنبية أو صادرة في مواد دولية لا تلقى دائما نفس المعاملة من طرف الخصوم، إذ أحيانا تنفذ طواعية وأحيانا أخرى تتطلب تدخل القضاء الوطني للاعتراف بها وتنفيذها جبرا، وهناك حالات أخرى أيضا، يبقى فيها الأطراف التي صدر ضدها القرار التحكيمي رافضة للتنفيذ لسبب أو لآخر، فتسعى جاهدة للطعن في هذا القرار بكل الوسائل المتاحة لها. فهذه الطرق تكون موضوع المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني: طرق الطعن في القرارات التحكيمية:

- إنّ طرق الطعن الخاصة بمادة التحكيم الدولي أدرجت في القسم الثالث من الفصل الرابع من المرسوم التشريعي الجديد ٩٣-٠٩، وسنتطرق في هذا المطلب إلى الشروط والإجراءات التي يجب

على الأطراف إتباعها للتوجه أمام الجهات القضائية لإلغاء القرار التحكيمي الصادر ضـدها، وعليـه يكون من الواجب معرفة النظام القانوني لطرق الطعن (الفرع الأول) والأسباب (الحالات) التـي مـن أجلها يمكن للأطراف ممارسة أحد الطعون (الفرع الثاني).

(١) . أنظر ا ادة ٤٥٨ مكرر ٢٣ ف ب.

(٢) . راجع p ٤٦٠ ,M.HUYS - G.KEUTGEN, *Op Cit* -راجع أيضا p ٤٥٩ ,R.DAVID, *Op Cit*

(٣) . أنظر p ٤٦٠ ,M.HUYS- G.KEUTGEN, *Op Cit t*

الفرع الأول: النƔام القانوني لطر5 الطعǅ:

- هناك نظامان (*Systèmes*) متبعين في مختلف القوانين الوطنية فيما يخص النظام القـانوني (*Régime juridique*) لطرق الطعن، قسم منها يحاول جاهدا تمديد أثر (تطبيق) النظام القانوني المخصص للطعون في الأحكام القضائية على القرارات التحكيمية، فحين القسم الآخر، يأخذ بعـين الاعتبـار خـصوصية التحكيم مما أدى به إلى وضع نظام قانوني للطعون خاص بالقرارات التحكيمية[١]، ومن هنا يجدر بنـا التساؤل عن أي نظام أخذ به المشرع الجزائري؟ والتساؤل عما إذا يبقى لمبدأ حرية الأطراف دور ولو ضئيل، بما يرغب الخصوم في استعمال التحكيم مستقبلا أم تتبع في هذا النظام إجراءات جامدة ينعـدم معها دور إرادة الأطراف؟

أولا: الطعوǅ المƊسسة ĂلY أسباب المادة ď٥٨ مكرر٢٣:

- رغم خضوعها لنفس الشروط المتعلقة بأسباب الطعن المذكورة في المـادة ٤٥٨ مكـرر٢٣ وكـذا إجراءات ممارسة الطعن (الجهة القضائية المختصة والآجال المقررة لذلك)، إلاّ أنّ المـشرع منتهجـا نهج التشريعات المقارنة يميّز بين الطعن بالاستئناف (أ) والطعن بالإبطـال (ب) واسـتعمال أحـدهما يتوقف على طبيعة ونوع القرار التحكيمي المراد إلغاؤه (قرار دولي، أو قرار أجنبي).

(أ)- الاستئناف:

- سنتفحص على التوالي موضوع الاستئناف (١) وإجراءاته (٢).

Č- موضوع الاستئناف:

- لا يمكن للقرارات التحكيمية الصادرة في مادة التحكيم الدولي علـى عكـس القـرارات التحكيمـة الجزائرية[٢]، أن تكون محل استئناف أمام القضاء الجزائري، وإنما يستأنف الأمر المانح (أ) أو الرافض للصيغة التنفيذية لمثل هذه القرارات (ب).

[١] . أنظر R.DAVID, *Op Cit,* p ٥٢٢

[٢] . القرارات التحكيمية الصادرة fال التحكيم الداخلي.

أ - إستئناف الأمر الرافض للتنفي؟:

- إنّ المرسوم التشريعي ٩٣-٠٩ مثل القانون الفرنسي الجديد، بدأ بالافتراض الأخير، إذ تنص المـادة ٤٨٥ مكرر ٢٢ "يكون القرار الذي يرفض الاعتراف أو التنفيذ قابل للاستئناف" إنّ هذه المادة لا تثير أي إشكال ما دامت لم تضع أي قيد لممارسة هذا الطعن وعليه، فإن الطرف الطالـب لتنفيـذ قـرار تحكيمي سواء كان أجنبي أو دولي يمكنه استئناف أمر رئيس المحكمة المختصة الرافض للاعتراف أو تنفيذ هذا القرار دون شرط[١]

ب - إستئناف الأمر المانη للتنفي؟:

- تنص المادة ٤٥٨ مكرر٢٣ بصدد استئناف أمر القاضي المانح للتنفيذ على مجموعة من الأسـباب (الحالات) التي يمكن من أجلها إلغاء القرار التحكيمي وهي مذكورة على سبيل الحصر، بينما المـادة ٤٥٨ مكرر٢٥ ف ٢ تنص على ما يلي: "لا يكون الأمر الذي يسمح لتنفيذ هذا القرار التحكيمي قـابلا لأي طعن "مع العلم أن "القرارات المقصودة في هذه الفقرة هي القرارات التحكمية الصادرة في الجزائر في مجال التحكيم الدولي...." (الفقرة الأولى من نفس المادة). إذن لا يمكـن اسـتئناف مثـل هـذه القرارت، أي القرارات التحكيمية الدولية، وإنما يكون الطعن فيها بالإبطال فقط.

- وهكذا إذا ما صدر قرار تحكيمي خارج التراب الوطني، وأراد أحد الأطراف استئنافه، عليه انتظار حصول هذا القرار على أمر القاضي المختص المانح للاعتراف أو التنفيذ، ومن هنـا يـرى شـرّاح القانون الفرنسي الجديد أنّ إدماج القرارات التحكيمية الأجنبية مع القرارات الوطنية، إدماج غير تـام، مما يشكل نقطة ضعف، وعليه حاولوا تبرير هذا بأنه يعتبر ارتداد أثر التصور القضائي، والرأي القائل بأن القرارات التحكيمية الصادرة بالخارج تعتبر رغم كل شيء قرارات صادرة عـن سـيادة أجنبيـة وبالتالي لايمكن المساس بها ومنه منع ممارسة أي طعن مباشر ضدها[٢].

(١) . أنظر P.BELLET - E.MEZGER, *Op Cit,* p ٦٤٩

(٢) . أنظر ا ادة ١٥٠٤ من ق. إ. م. الفرنسي ا ديد- راجع أيضا P.BELLET - E.MEZGER, *Op Cit,* p ٦٥٢

- فبناء على ما سبق، يظهر جليا أن المشرع الجزائري من خلال المادة ٤٥٨ مكرر ٢٥ ف ٢ السالفة الذكر، وقف حياديا تجاه استئناف القرارات التحكيمية الدولية، أي القرارات الـصادرة بـالجزائر فـي مجال التحكيم الدولي، ويمكن تفسير موقفه هذا، بتبنيه التصور الليبرالي الذي يعطـى ضـمانا أكبـر لممارسي التحكيم، وإن كان بالجزائر، ويتجسد ذلك في منع إمكانية ممارسة طعن مباشر ضـد هـذه القرارات، وبالتالي منع القضاة من إعادة النظر[١] في مضمون هذه القرارات مكتفـين باعتمـاد نظـام المراقبة فقط.

٢- إجراءا ا الاستئناف:

- المقصود هنا بالإجراءات - والبسيطة جدا – تحديد الجهة القضائية المختـصة والآجـال المقـررة لممارسة الطعن، والتي نجدها ملخصة في المادة ٤٥٨ مكرر٢٤ بالفعـل، إن الأمـر الـذي يـرفض الاعتراف أو تنفيذ القرارات التحكيمية سواء كانت أجنبية أو دولية (٤٥٨ مكرر ٢٢) أو الأمر المـانح للاعتراف أو تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية فقط (٤٥٨ مكرر٢٣ - مكـرر٢٥ ف٢) يمكنهـا أن تكون موضوع استئناف أمام المجلس الذي يتبعه القاضي الذي فصل في النزاع، والذي يكون تأسيـسه خلال شهر ابتداء من تبليغ قرار القاضي.

(ب)- **الطعن بالإبطال:**

- على غرار دراسة الاستئناف، سنتطرق إلى نقطتين أساسيتين هما: موضوع الطعن (١) والإجراءات المتبعة لممارسته (٢).

<u>Č- موضوع الطعDž بالإبطال:</u>

- حسب نص المادة ٤٥٨ مكرر٢٥ ف١: "يمكن أن تكون القرارات التحكيمية الصادرة بالجزائر في مجال التحكيم الدولي موضوع الطعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة ٤٥٨ مكرر٢٣ أعلاه". إنّ الطعن بالإبطال لا يكون مقبولا إلاّ ضد القرارات التحكيمية الدولية أي القرارات التحكيمية

(1). يقصد بإعادة النظر، نظام المراجعة، أنظر M.ISSAD, *Op Cit,* p ٦٣-٧٣

الصادرة بالجزائر في مجال التحكيم الدولي قبل مهرها بالصيغة التنفيذية من القاضي المختص، وإلاّ أصبحت بمنأى عن كل الطعون "لا يكون الأمر الذي يسمح بتنفيذ هذا القرار التحكيمي (الدولي) قابلا لأي طعن"، غير أن الطعن بالإبطال ضد هذه القرارات يترتب عليه بقوة القانون.. "الطعن في الأمر الصادر من قاضي التنفيذ"[1].

- للعلم، فإن هذا الطعن مثل ما هو الحال في الاستئناف، يجب أن يؤسس على أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة ٤٥٨ مكرر٢٣ المشار إليها أعلاه، ويعتبر هذا محاولة من محاولات التقريب بين نوعي قرارات التحكيم الدولي[2].

<u>٢- إجراءاا الطعDž بالإبطال:</u>

- مثل الخاصة بالاستئناف، إنّ إجراءات الطعن بالإبطال هي أيضا إجراءات سهلة وبسيطة بحيث يكون هذا الطعن ممكنا ضد القرارات التحكيمية الصادرة بالجزائر في مجال التحكيم الدولي، بمجرد النطق بها، وذلك في أجل شهر ابتداء من تاريخ تبليغ القرار التحكيمي المصرّح بقابليته للتنفيذ وذلك أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه[3].

<u>t - إجراءاا مشتركة بيDž الاستئناف والطعDž بالإبطال:</u>

- وفي الأخير يمكننا أن نشير إلى بعض الملاحظات المتعلقة بالطعنين السابقين:

- الأولى: لكلا الطعنين، الاستئناف والإبطال، أثر موقف لتنفيذ القرارات التحكيمية لغاية الفصل فيها نهائيا (٤٥٨ مكرر٢٧).
- الثانية: لا يمكن للطرف المتمسك بهما الجمع بين الطعنين، وإنما يمارسان بطريقة انفرادية[٤]، أي يكون للمجلس القضائي المختص النظر إما في استئناف أمر قاضي التنفيذ، وإما النظر في الإبطال المنصب على قرار التحكيم الصادر بالجزائر.

(١). أنظر ا ادة ٤٥٨ مكرر ٢٥ ف ٢ من ا رسوم التشريعي ٩٣-٠٩.

(٢) . زيد من ا علومات راجع P.BELLET- E.MEZGER, *Op Cit,* p ٦٥٣

(٣) . أنظر ا ادة ٤٥٨ مكرر ٢٦ من ا رسوم التشريعي ٩٣-٠٩.

(٤) . أنظر M.BEDJAOUI- A.MEBROUKINE, *Op Cit,* p ٩٠٣

- الثالثة: التساؤل حول مدى سلطة تقدير القاضي المختص ونطاقها فيما يخص النظر في هذه الطعون، لاسيما في غياب الصلاحية التي تمكنهم من مراجعة القرارات التحكيمية خاصة بعد التوقيع والمصادقة على معاهدة نيويورك. الراجح في هذه المسألة هو عدم إمكانية المجلس القضائي المختص إعادة النظر في النزاع الذي صدر بشأنه القرار التحكيمي[١].

- كما يجب أن ننوّه في الأخير إلى طريق آخر من طرق الطعن السالفة الذكر والتي يمكن أن نستنتجها من نص المادة ٤٥٨ مكرر٢١ والتي تؤكد على أن "لا يحتج بالقرارات التحكيمية على الغير". وعليه إذا ما تضرر هذا "الغير" من القرارات التحكيمية سواء كان ذلك في إطار إجراءات الاعتراف بها أو بمناسبة تنفيذها، يمكنه الاعتراض عليها وإلغائها أو على الأقل توقيف الآثار السلبية التي تضرر منها متبعا إجراء الطعن الخاص باعتراض الغير[٢].

ثانيا: الطعDž المDسƧ ŸlĂ ¡ ţ المادة ٤٥٨ď مكرر٢٨Û (الطعDž بالنقض):

- إنّ المرسوم الجديد ٩٣-٠٩ ينص أيضا على الطعن بالنقض في نص المادة ٤٥٨ مكرر٢٨ "تكون أحكام الجهات القضائية الصادرة عن طعن بالبطلان لقرار تحكيمي أو بالاستئناف طبقا لمادتين ٤٥٨ مكرر٢٢، و٤٥٨ مكرر٢٣، قابلة للطعن بالنقض". نلاحظ على هذه المادة أنّ الطعن بالنقض يكون ضد أحكام الجهات القضائية المختصة والصادرة بناء على دعوى طلب إبطال قرار تحكيمي صادر

في الجزائر (٤٥٨ مكرر٢٦) أو استئناف أمر القاضي الذي يـرفض القـرارات التحكميـة الأجنبيـة والدولية أو استئناف أمر القاضي المانح للاعتـراف وتنفيـذ القـرارات التحكيميـة الأجنبيـة (٤٥٨ مكرر٢٣).

- أما الإجراءات المتبعة في هذا الطعن فهي نفس الإجراءات المنصوص عليها في القواعـد العامـة المتعلقة بالطعن بالنقض (ق. إ. م. ج)[٣]، بحيث يرفع الطعن في أجل شهرين ابتداء من تـاريخ تبليـغ الأحكام، ويكون ذلك أمام المحكمة العليا.

(١) . أنظر، نفس المرجع.
(٢) . M.TARARI-TANI "Les règles d'arbitrage international.....", *Op Cit,* p ٢٦٧
(٣) . أنظر المواد ٢٣١ إلى ٢٣٨ من القانون الإجراءات المدنية الجزائري لسنة ١٩٦٦.

- وفي نهاية هذا الفرع الخاص بطرق الطعن، يمكننا التلميح إلى ملاحظة هامة والتي تتعلق بما وصل إليه التحكيم الدولي المرتكز أساسا على مبدأي الحرية والرضائية الممنوحين للأطراف والمكرسة فـي نص المادة ١٩٢-١ من القانون السويسري، والمتعلق بالإمكانية الممنوحة للأطراف لإقصاء الطعـن ضد القرار التحكيمي بشرط "أن يكون موطن أو الإقامة المعتادة، أو مقر الأطراف خارج سويسرا" كما يمكن للأطراف أيضا وبتصريح متضمن في اتفاقية التحكيم أو في وثيقة أخرى منفصلة، التخلي عـن بعض الطعون والحالات (أسباب) أو كلها.

- كما أن القرارات التي تنفذ بسويسرا والتي صدر بشأنها تصريح للأطراف يتـضمن التخلـي عـن الطعون المتاحة ضدها، تخضع فيما يخص الاعتراف والتنفيذ لأحكام معاهدة نيويـورك لـسنة ١٩٥٨ طبقا للفقرة الثانية من المادة[١].

- وهكذا تمثل هذه المادة خاصية من خصائص التطور الملحوظ للتحكيم الدولي والطابع الليبرالي الذي يتميز به التشريع السويسري الجديد لسنة ١٩٨٧، والذي ذهب بهذه المادة أبعد من قانوني الإجـراءات المدنية الفرنسي والجزائري في تعديلهما الأخيرين في ١٩٨١ و١٩٩٣. كما تجدر الإشارة فـي هـذا السياق إلى نص المادة ٤٤٦[٢] من ق. إ. م. الجزائري المتعلقة بالتحكيم الداخلي، التـي تكـرس هـذه الإمكانية، أي إمكانية التنازل عن طعن من الطعون.

- أمام هذا الوضع، لامناص من طرح التساؤل حول عدم تكريس مثل هذه القاعدة المكّملة في المرسوم الجديد ٩٣-٠٩؟ يجيب عن هذا التساؤل الأستاذان "بجاوي" و"مبروكين" بالقول: "إنّ التنازل عن طرق الطعن يعتبر حسب المشرع غير مجدي من الناحية الواقعية، إذ من الصعب تصور اختيار ممارسي التحكيم الجزائر كمقر لمحكمتهم التحكيمية دون أن يكون لهم ارتباط به، بحيث لا يمكن تشبيه الجزائر بسويسرا التي تعتبر كقبلة للتحكيمات الدولية[٣]، كما يعتبر تكريس مثل هذه الإمكانية فرصة إضافية تستعمل من الطرف سيئ النية لعرقلة سير وفعالية التحكيم التجاري الدولي[٤].

---

[١] . لمزيد من المعلومات راجع R.BUDIN, *Op Cit,* p ٦٤ -أيضا- P.LALIVE- E.GAILLARD, *Op Cit,* p ٩٥٥
راجع أيضا C.REYMOND, *Op Cit,* p ٤١٢

[٢] . تنص المادة ٤٤٦ ف ٢ من ق. إ. م. الجزائري: " ويجوز للأطراف أن يتنازلوا عن الإستئناف وقت تعيين المحكمين أو بعد ذلك ".

[٣] . أنظر M.BEDJAOUI- A.MEBROUKINE, *Op Cit,* p ٩٠٦

[٤] . راجع N.TERKI, *Op Cit,* p ٢٠٣

- وباعتماد قراءة أخرى ترتكز على التصور الليبرالي للمرسوم التشريعي الجديد، نقول أنه يجب ألا يؤول هذا الصمت على أنه منعا، بل بالعكس يجب أن يؤول على أنه إباحة ضمنية، كيف لا والمادة ٤٤٦ ف ٢ الخاصة بالتحكيم الداخلي تنص صراحة على إمكانية هذا التنازل "ويجوز للأطراف أن يتنازلوا عن الاستئناف وقت تعيين المحكمين أو بعد ذلك"، بل المادة تذهب أبعد من ذلك في فقرتها الأولى مكرسة مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية في كل الإجراءات والمواعيد المتبعة أمام المحكمين وإن كانت أمام المحاكم الوطنية" يتبع المحكمون والأطراف المواعيد والأوضاع المقررة أمام المحاكم ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك". فيكون من باب أولى إذن أن يفسر هذا الصمت في مجال التحكيم الدولي على أنه إباحة، وبالتالي لا مانع من أن يتفق الأطراف على التنازل عن طعن من الطعون أو كلها مثل ما نصت عليه المادة السويسرية المذكورة أعلاه. وبمثل هذا الاتفاق يمكن للأطراف تفادي كل تماطل أو عرقلة في تنفيذ قرارهما، ومن ثمة إعطائه أكبر قدر من الفعالية.

<u>الفرع الثاني: أسباب (حالات) الطعن في القرارات التحكيمية:</u>

- سنعالج في هذا الفرع مضمون أسباب (حالات) الطعن المشتركة بين الاستئناف والإبطال والمنصوص عليها في نص المادة ٤٥٨ مكرر٢٣ (أولا) ثم نتبع بدراسة نقدية (ثانيا).

- أولا: مضمون أسباب الطعن بالاستئناف والإبطال:

- غالبا ما نجد ممارسي التحكيم الدولي يهتمون كثيرا بالمنازعات التي تلي المرحلة التحكيمية، ولهـذا تعدّد المادة ٤٥٨ مكرر٢٣ الحالات المشوبة على سبيل الحصر وهي من عدد ثمانية، والتي يمكـن أن تكون سببا للطعن في القرارات التحكيمية بالإبطال أو بالاستئناف (استئناف أمر القاضي)، وهي تستحق دراسة دقيقة. ومنه سنتطرق إلى مضمون الأسباب المذكورة في المادة ومقارنتها بشكل مـوجز مـع القانون الفرنسي والسويسري (أ) ثم الى دراسة الموضوع في ظـل المـادة الخامـسة مـن معاهـدة نيويورك(ب).

(أ)- في القانون الجزائري:

- إنّ الحالات المذكورة في المادة الآنفة الذكر تعتبر كثيرة ومبالغ في عددها لأن تكون سندا لـدعوى الإبطال أو الاستئناف، وهي على ثلاثة أنواع :

1- الحالات المتعلقة بالقواعد الناظمة لاختصاص المحكمين (اتفاقية التحكيم):

أ - إنّ المشرع الجزائري افترض إمكانية الطعن في القرار التحكيمي أو فـي أمـر قاضـي التنفيـذ (الإبطال، الاستئناف) إذا "تمسكت محكمة التحكيم خطأ باختصاصها أو بعدم اختـصاصها" (المـادة ٤٥٨ مكرر٢٣. " أ " جزائري، المادة ١٩٠.ب. سويسري). بما أنّ للمحكم صلاحية الفـصل فـي اختصاصه، فيمكن أن يقع في خطأ وخطئه هذا يكون جسيما، إذ الإعلان عن اختـصاصه بـدون مبرر يمكن أن يشكل مساسا بالنظام العام أو يؤدي إلى التنازع الـسلبي للاختـصاص، وبالتـالي الامتناع عن الحكم (الفصل) في النزاعات[1]، ومن ثم يكون للقاضي مراجعة مدى تطبيـق المـواد المتعلقة بوجود اتفاقية التحكيم (أهلية الأطراف، قابلية النزاع للتحكيم)[2]، وصحتها (من حيث الشكل والمضمون)[3] وكذا مراجعة مداها (عدم تقادمهما)[4].

ب - وزيادة في التدقيق، نجد أن المشرع يأمر القاضي الجزائري أن يرفض تنفيذ القرار التحكيمي أو إبطاله، إذ فصل المحكم بدون اتفاقية التحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضت مدتها. وهكذا نجد المادة ٤٥٨ مكرر٢٣ مكرر.ب تكمّل المادة ٤٥٨ مكرر١٨، التي تشترط تقـديم اتفاقيـة التحكـيم بجانب القرار التحكيمي، وعليه يكون لهذا الإجراء أثرين، وسيلة لإثبات صحة الوثـائق، ولطلـب الاعتراف والتنفيذ[5]. إنّ هذه المادة تقابل المادة ١٥٠٢-١ مـن ق. إ. م. الفرنـسي وكـذا المـادة

الخامسة "أ" الفقرة الثانية من معاهدة نيويورك لسنة ١٩٥٨ مع بعـض الاختلافـات الطفيفـة فـي الصياغة[٦].

٢- الحالات المتعلقة بالقواعد الواجبة التطبيق على سير الهيئة التحكيمية (محكمة التحكيم):

أ - نجد في بداية الأمر حالة مخالفة القانون في تشكيل محكمة التحكيم أو في تعيين المحكـم الوحيـد، ونفضّل التعبير عن هذه الحالة خلافا لنص المادة ٤٥٨ مكرر٢٣ الفقرة "ج"[٧] بعدم نظامية محكمـة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد، والتي يمكنها أن تكون سببا لممارسة الطعون المشار إليها أعلاه،

(١). R.BUDIN, *Op Cit,* p ٦٢

(٢). أنظر المادة ٤٤٢ من المرسوم التشريعي ٩٣-٠٩.

(٣). أنظر المادة ٤٥٨ مكرر٢ ف٣ والمادة ٤٥٨ مكرر١ ف٣ من المرسوم التشريعي ٩٣-٠٩.

(٤). أنظر P.LALIVE- E.GAILLARD, *Op Cit,* p ٩٥١ -أيضا M.BEDJAOUI- A.MEBROUKINE, *Op Cit,* p ٩٠٤

(٥). أنظر P. BELLET- E. MEZGER, *Op Cit,* p ٦٤٥

(٦). لا توجد مثل هذه القاعدة في المادة ١٩٠ من القانون السويسري.

(٧). أنظر المادة ١٥٠٢-٢ من القانون الفرنسي والمادة ١٩٠-٢.أ من القانون السويسري.

فهذه المادة تعتبر جزاء مخالفة المواد ٤٥٨ مكرر٢، ٤٥٨ مكرر٥ المتعلقة بتشكيل الهيئة التحكيمية ورد المحكمين، فهي إذا بصفة عامة جزاء عدم احترام إرادة الأطراف[١] فـي تعيـين المحكمـين المشكلين لمحكمة التحكيم.

ب - ثم نجد حالة أخرى تتمثل في التزام محكمة التحكيم بالفصل في الطلبات التي تقدمها الأطراف في الوثيقة المحددة لمهمة المحكمين (٤٥٨ مكرر٢٣ "د")[٢] أو أثناء التحقيق في القضية، دون أن ننسى الطلبات الإضافية، فمخالفة هذا الالتزام يعرّض قرار المحكم للطعن مثل ما هو الحال فـي حالـة المحكمة التحكيمية الفاصلة زيادة عن المطلوب أو التي أغفلت الفصل في إحدى الطلبات[٣].

- لكن المثير للتساؤل في هاتين الحالتين ، لماذا يبطل القرار التحكيمي كله، ما دام الطعن كان بسبب الفصل بالزيادة في الطلبات أو بالنقصان، فأمام سكوت التشريع الجديد بخصوص هذا الموضـوع، نرجع إلى القانون السويسري المتعلق بالتحكيم الداخلي (*Le concordat suisse*) الذي ينص في مثل هذه الحالات، على الإحالة على المحكمة التحكيمية لإكمال أو لتوضيح القرار التحكيمي، والغريـب أنّ هذا الحل لم يكرّس في التشريع السويسري الجديد المتعلق بالقانون الـدولي الخـاص والمتـضمن للتحكيم للدولي لسنة ١٩٨٧ (*L.D.I.P*)[٤] رغم ما يقدمه من فوائد عملية[٥].

- وفي هذا الإطار، نشير إلى أن المشرع الجزائري جمع في المادة ٤٥٨ مكرر٢٣ سببين (الفقـرة "د" و"ه") قد كرّستا على حدى ومنفصلين من طرف القانون الفرنسي (المادة ١٥٠٢-٣)، والقـانون السويسري (المادة ١٩٢-٢. ج)، مما جعل هذا التكرار محل انتقاد العديد من الكتّاب الجزائـريين، لاعتبار السببين ينطويان على نفس المعنى، فهما كوجهين لعملة واحدة.

ج - إنّ آخر سبب للطعن من النـوع الإجرائـي يتمثـل فـي ضـرورة احتـرام مبـدأ الوجاهيـة (٤٥٨مكرر٢٣."و")[٦] والذي لا يستدعي أية ملاحظة خاصة، غير أنّ هذا المبدأ يفترض ويـشترط تطبيقه بغض النظر عن محتوى القرار التحكيمي، لكونه إجراء هام وضروري، بحيث يعتبر شرط

---

(١) . P.LALIVE - E.GAILLARD, *Op Cit,* p ٩٥٢ أيضا-P.BELLET- E.MEZGER, *Op Cit,* p ٦٤٦

(٢) . أنظر ا ادة ١٥٠٢-٣من القانون الفرنسي - ا ادة ١٣-٩ من النظام التحكيمي ا زائري الفرنسي لسنة ١٩٨٣.

(٣) . أنظر ا ادة ٤٥٨ مكرر٢٣- أنظر ا ادة ٥ ف١ "ب" من معاهدة نيويورك لسنة ١٩٥٨.

(٤) .B ينص أيضا ق.أ. م. الفرنسي ا ديد وا رسوم التشريعي ا زائري ٩٣-٠٩ على هذا ا ل مثل القانون السويسري.

(٥) . أنظر R.BUDIN, *Op Cit,* p ٦٣

(٦) . أنظر ا ادة ١٩٠-٢ "د" من القانون السويسري وا ادة ١٥٠٢-٤ من القانون الفرنسي.

من شروط الاعتراف أو التنفيذ. إذن يمكن للطرف الخاسر في الدعوى، الطعن في القرار الـصادر ضده على أساس عدم احترام هذا المبدأ[١].

٣-الحالا ا المتعلقة بالقرار التحكيمي وإدماجا في النظام القانوني الجزائري (قرارالتحكيم):

أ - إنّ المشكل الأول الذي يطرح في هذه النقطة، يتعلق بشكل القرار التحكيمي ومعرفة مـا إذا كـان تسبيبه لازما[٢]، وكيف تكون معاملته إذا لم يكن كذلك في بلد يشترط تسبيب القـرارات والأحكـام، علما أنه في القانون الإنجليزي والقانون الأمريكي، لا تسبب القرارات التحكيمية كما هـو الـشأن بالنسبة للأحكام القضائية إلا في حالات معينة وخاصة، وعلى العكس مـن ذلـك نجـد أن تـسبيب القرارات التحكيمية في بلدان أخرى يكون بمقتضى نص تشريعي صريح (*Expressis verbis*)[٣] أو بنـاء على قواعد غير القواعد القانونية الجامدة، مؤسسة على اعتبارات مثل التـزام المحكمـين بـاحترام الأشكال الإجرائية (المادة ١٩٠. سويسري) أو التزام المحكمين بتسبيب القرارات التي تنهي النزاعات نهائيا (المادة ١٥٠٢. فرنسي).

- والملاحظ أنّ التزام تسبيب القرارات التحكيمية يشكل ميزة خاصة بالمرسوم التشريعي الجديد، وبهـذا يعتبر من القوانين التي تكرّس المبدأ صراحة في قواعدها الآمرة[٤] متميزا بذلك عن القانون الفرنـسي

والقانون السويسري من ناحية، وعن معاهدة نيويورك التي تشير إلى المسألة بطريقة غيـر مباشـرة مكتفية بالإشارة إلى واجب احترام الإجراءات المقررة من طرف الأطراف أو من طرف تشريع البلـد الذي جرى فيه التحكيم، أو البلد الذي يطلب فيه التنفيذ، من ناحية أخرى[٥].

- علاوة على التزام المحكمة التحكيمية بتسبيب قرارها التحكيمي، يجب أن يكون هذا التسبيب موضوعيا، وجيها وخاليا من التناقضات ليكسب قناعة القاضي، لأن التناقض الظاهر في الأسباب يثير صـعوبات وتعقيدات لإدماج القرار التحكيمي لاسيما الأجنبي في النظام القانوني الجزائري.

---

[١] . أنظر P.BELLET- E.GAILLARD, *Op Cit,* p ٦٤٧ -أيضا M.BEDJAOUI- A.MEBROUKINE, *Op Cit,* p ٩٠٤

[٢] . أنظر ا ادة ٤٥٨ مكرر١٣ ف٣- "يكون القرار التحكيمي مكتوبا، مسببا.... ".

[٣] . إنّ قاعدة تسبيب القرارات التحكيمية مثل الأحكام القضائية تعت إيطاليا مبدأ دستوري. أنظر R.DAVID, *Op Cit,* p ٤٤٤

[٤] . أنظر ا ادة ٤٥٨ مكرر٢٣ "ز".

[٥] . أنظر ا ادة ا امسة ف١ من معاهدة. أنظر R.DAVID, *Op Cit,* p ٤٤٤

- ونشير إلى أن مراقبة مدى احترام هذا الشرط يمكن أن يؤدي إلى نتائج غير مرغوب فيها، بحيـث أنّ تدخل القاضي المختص للتأكد من تسبيب القرار تسبيبا كافيا أو لمراقبة ما إذا كانـت هـذه الأسـباب متضاربة أم لا، يدفعه إلى إجراء مراقبة دقيقة للقرار التحكيمي معيدا النظر فيه، وهذا يعني التدّخل في المجال المخصص للمحكم، الأمر الذي يعد ممنوعا منعا باتا في ميدان التحكيم الدولي[١].

- للتذكير، هذه الحالة غير مذكورة لا في القانون الفرنسي ولا في القانون السويسري، مما دفـع بأحـد الكتّاب[٢] معلقا على القانون الفرنسي إلى القول: "ما يثير دهشة الملاحظ الأجنبـي، نتـائج الاجتهـاد القضائي الفرنسي فيما يخص الالتزام بتسبيب القرار التحكيمي، وعلى سبيل المثـال قـضية "بتـرو سويسرا" ضد دولة الغابون التي أجرى فيها مجلس قضاء باريس[٣] فحصا دقيقا للقرار التحكيمي، وهذا الإجراء مبرر بعيب نقص أو تضارب الأسباب، الذي يشكل نوعا من "الكفة المقابلة" لنظام يقتصر في طرق الطعن إلا على سبب مخالفة النظام العام"، ونتيجة لهذه الآثار السلبية الخطيـرة علـى التحكـيم والمترتبة عن مراقبة احترام مدى تسبيب القرار التحكيمي مثل ما هو منصوص عليه في الفقرة "ز" من المادة ٤٥٨ مكرر٢٣ "إذا لم تسبب محكمة التحكيم أو لم تسبب بما فيه الكفاية أو إذا وجد تضارب فـي الأسباب"، يأمل الأستاذان "بجاوي" و"مبروكين" أن يصدر نصا في أقرب الآجال ليزيل هذه الآثار[٤] من المرسوم التشريعي الجديد ٩٣-٠٩ لما لهذه الفقرة من خطورة على سير وفعالية التحكـيم الـدولي

وإعاقة قدوم التحكيمات إلى الجزائر أو اختيار القانون الجزائري كقانون واجب التطبيق، لكون هذا الأخير يسمح للقاضي الوطني الاعتداء على المجال المخصص للمحكيمين كما ذكرناه أعلاه، ومنـه إعادة النظر في القرارات التحكيمية، وهذا يعد خرقا لمبدأ الحرية التعاقدية وتطبيق مبـدأ سـلطان الإرادة الذي يعتبر أساس وركيزة التحكيم الدولي. نقول إذن، أن الفقرة "ز" السالفة الذكر لا تتماشى والفلسفة الليبرالية للمرسوم التشريعي الجديد،ومن ثمة، يضحى إلغاؤها - أو تعديلها على الأقـل - ضروريا.

ب- أما الثاني، فهو يتعلق بالفقرة "ح" من المادة ٤٥٨ مكرر٢٣ التي تثير بعض الاستفسارات، أولها يتمثل في التميز بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي غير المعـروف فـي القـانون الجزائـري، فاستبدال المصطلح هذا (دولي مكان وطني) قد انتقد،لأنه يقدم مجرد حلول نظرية لمشكل الاعتراف

---

(١) . راجع J.L.DELVOLVE « Essai sur la motivation des sentences arbitrales » in *Rev Arb* ٢،١٩٨٩ p ١٤٩ et sv

(٢) . أنظر C.REYMOND, *Op cit,* p ٤١٠

(٣) . أنظر Arrêt, Paris ١ Ch, ٦/ ٠٦/ ١٩٨٨, Suisse Oil c/ Pétro GABON et République du GABON, *Rev Arb,* ١٩٨٩, ٣٠٩ note N. JARROSSON

(٤) . أنظر M.BEDJAOUI- A.MEBROUKINE, *Op cit,* p ٩٠٤

أو تنفيذ القرارات التحكيمية، وعليه تكون الجهات القضائية الجزائرية المختصة في النظر في الطعـن (بالإبطال أو بالاستئناف) هي الوحيدة التي يكون لها واجب (مهمة) تعريف مفهوم النظام العام وتحديد مداه الذي يتوقف أساسا على تحديد مضمونه، الأمر الذي يضع القاضي الجزائري في تردد كبير بـين الالتزام بمجرد إجراء مراقبة للجانب الشكلي للقرار التحكيمي وإلغاء بالضرورة القرارات التي خالفت أو تجاهلت القواعد القانونية الجزائرية الآمرة في المجال الدولي أي:

(Les dispositions internationallement imperatives Algeriennes) ، أو يكون ملزما أيضا بالأخذ في الحـسبان القواعد الآمرة الأجنبية[١].

- ولتحديد مدى مفهوم النظام العام المدرج في نص المادة ٤٥٨ مكرر٢٣، يمكننا الاعتماد على التشريع الفرنسي و السويسري، ومعاهدة نيويورك، والقول أن مداه يقتصر على القواعد الجزائرية الآمرة فـي المجال الدولي، أي على النظام العام الدولي الجزائري[٢]، بما أن القرارات التحكيمية الأجنبية تحظـى بنفس المعاملة التي تعامل بها القرارات الوطنية (٤٥٨ مكرر١٧)، وبالتالي خضوع نوعا القرارات - مبدئيا- لنفس مراقبة القاضي الوطني.

- ومهما يكن، فإن النظام العام الدولي مفهوم مرن ونسبي من حيث الزمان والمكان، مضمونه صعب التحديد، ولهذا السبب يجب التمييز في النظام العام الجزائري بين الآثار التي يرتبها على مستوى الداخلي[٣] وتلك التي يرتبها على مستوى الدولي، لكونهما يختلفان من حيث الهدف، ومنه يكون من الطبيعي أن تحرص الدول على الحفاظ على نطاق اختصاصها القانوني[٤].

- ويتجسد احترام النظام العام الدولي في الواقع في عملية مراقبة قاضي التنفيذ احترام إرادة الأطراف في سير التحكيم الدولي وانتفاء أي سبب من أسباب الطعن[٥]. وعليه يعتبر هذا المفهوم

---

(١) . أنظر M. BEDJAOUI- A. MEBROUKINE, *op cit,* p ٩٠٥

(٢) . إنّ هذه ا اولة يمكن أن تؤكد من طرف الإجتهاد القضائي ا زائري ا ستقبل، كما يمكن أن يلغيها ويبطلها.

(٣) . أنظر ا ادة ١٩٠ من القانون السويسري وا ادة ٥ ف٢ من معاهدة نيويورك.

(٤) .راجع M. K.BENDIMERAD « Le sort des sentences arbitrales devant le juge Algérien » *in actes de seminaire*,*Op Cit,* p ١٢٨

(٥) . أنظر ا ادة ٤٥٨ مكرر٢٣ -راجع M.HUYS - G.KEUTGEN, *Op Cit,* p ٦٤٧

حسب أحد الكتّاب الفرنسيين[١] خطوة إيجابية نحو الأمام في ميدان التحكيم الدولي نظرا للصياغة المستعملة: يجب أن يكون الاعتراف والتنفيذ مخالفين للنظام العام الدولي، ولا يكفي أن يخالف هذا النظام من طرف المحكم، ومنه يكون نطاق هذا النظام العام أضيق من نطاق النظام العام الداخلي[٢].

- فمفهوم النظام العام الدولي إذن، يجب أن يفسّر على ضوء المواد ٤٥٨ مكرر١٧ و٤٥٨ مكرر٢٣، دون حاجة للاعتماد على مفهوم النظام العام المشترك بين الدول (*Transnational*)[٣] الذي ينطبق ويتقيد به أساسا المحكم الدولي، والغريب عن القاضي الوطني[٤].

- ومهما يكن من أمر، وفي ختام هذا التحليل، لا يمكن للقاضي المكلّف بمنح التنفيذ مراقبة الأخطاء، مادية كانت أو قانونية، أو حتى مراقبة اختلاف وتضارب أقوال المحكمين، مادامت مراجعة مضمون القرارات التحكيمية غير ممكنة، إلا أنه يبقى للقاضي رفض التنفيذ إذا ما عاين في هذه الأخيرة مخالفتها للنظام العام الدولي الجزائري، أو إذا كان موضوع النزاع غير قابل للتسوية عن طريق التحكيم مثل ما نصت عليه المادة ٤٥٨ مكرر والمادة ٤٤٢ من المرسوم التشريعي الجديد (المادة الخامسة الفقرة الثانية "أ" من معاهدة نيويورك)[٥].

(ب) - **في معاهدة نيويورك:**

- إنّ مقارنة قائمة أسباب طلب الاستئناف أو الطعن بالإبطال في القرارات التحكيمية المـذكورة فـي المادة ٤٥٨ مكرر٢٣ بقائمة المادة الخامسة من معاهدة نيويورك لـسنة ١٩٥٨ تـوحي لنـا بعـض الاختلافات:

(1) أنظر. P.BELLET- E.MEZGER, *Op Cit,* p ٦٤٧ et ٦٤٨

(٢) أنظر . M.HUYS - G.KEUTGEN, *Op Cit,* p ٦٤٤

(٣) [illegible] مصطلح (Transnational) مثل: [illegible] تشريعات الدول، القانون [illegible] تشريعات الدول، [illegible] الشعوب
راجع. P. LALIVE «Ordre public Transnational ou réellement international » Rev Arb, ٣, ١٩٨٦, p ٣٢٩

(٤) أنظر . M.BEDJAOUI- A.MEBROUKINE, *Op Cit,* p ٩٠٦

(٥) أنظر ع. عباس- ج. هواش، / *مرجع السابق* ص ٥٠٨، أنظر أيضا – M.K.BENDIMERAD, *Op Cit, p ١٢٤*

- إنّ المادة ٤٥٨ مكرر٢٣ كمثيلتها الفرنسية والسويسرية، تجنبت اعتماد طرق التنـازع، الأمـر الذي يؤكد تحفظ وتردد المرسوم التشريعي الجديد تجاه هذه القواعد خلافا للمعاهدة[1].

- إنّ المرسوم التشريعي الجديد يفتقد لمادة مثل المادة الخامسة الفقرة الأولى "ه" التي تتضمن حالـة رفض الاعتراف أو التنفيذ إذا ما قدم الدليل على أن "القرار التحكيمي لم يعد بعد ملزم للأطراف أو ألغي أو جمّد العمل به من طرف السلطة المختصة للبلد أو حسب قانون البلد الذي صدر فيه"، نفس الإغفال نجده في القانون الفرنسي. ولتفهم هذا الأمر، يمكننا الرجوع إلى الفقه والاجتهاد القـضائي الفرنسي - بما أنّ النصين متشابهين - واللذان يبرران هذا الإغفال "بأنه في حد ذاته تدعيما وتأكيدا للطابع التعاقدي للتحكيم من جهة والقرار التحكيمي من جهة أخرى، بدليل محاولة تقريـب النظـام القانوني للقرار التحكيمي الأجنبي من نظام القرارات الصادرة بفرنسا في مجال التحكيم الـدولي"[٢]. في حين نجد معاهدة نيويورك تتردد بين هذا التكييف (الطابع التعاقدي) والتكييف القضائي، وبالتالي فهي تضاعف من عراقيل الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية[٣].

- وهكذا يجب أن يكون القرار التحكيمي حسب الفقرة "ه" من المادة المذكورة أعـلاه موجـودا أي حائزا على الطابع الإلزامي تجاه الأطراف وقابل للتنفيذ في بلده الأصلي، بحيث لا يعقـل متابعـة إجراءات تنفيذ قرار مستقبلي[٤]، وبعبارة أوضح، نقصد بالقرار الملزم ذلك القرار الذي أصبح بمنأى عن مهاجمته بإحدى طرق الطعن العادية في البلد الذي صدر فيه أو حسب القـانون الـذي طبـق عليه[٥].

---

[١] . من ا ؤكد أن اتفاقية نيويورك سهلت إ حد كب التنفيذ القضائي لأحكام رغم اعتمادها لقواعد التنازع إلا أ ذات الوقت، استبعدت إعادة النظر أساس النزاع، فا ادة ا امسة تنص على عدد من القواعد ا تعلقة بتنازع القوان : فلا يتم الإعتراف أو التنفيذ بالنسبة للقرار التحكيمي إذا كان الطرفان تنقصهما الأهلية لاتفاق على التحكيم "موجب القانون الذي يتوجب تطبيقه عليهما" فالقاضي يكون ا على العودة إ القانون الشخصي لكل من الطرف ليقرر فيما إذا كان القانون الوط أو قانون الإقامة هو الواجب التطبيق. كما يترتب على القاضي أن يتأكد من صحة اتفاقية التحكيم وذلك وفقا "للقانون الذي أخضع له الطرفان هذا الصك أو عملا بالقانون السائد البلد الذي صدر فيه ا كم حال عدم وجود إشارة للحالة الأو الصك". وتنص ا ادة ا امسة الفقرة الأو "و" على وجوب قانون مكان قيام التحكيم عن تشكيل ا يئة التحكيمية وعن الإجراءات التحكيمية ما لم ينص صك التحكيم صراحة على ذلك. أنظر ع. عباس- ج. هواش، / *رجع السابق،* ص ٥٠٨ و ٥٠٩.

[٢] . أنظر الكتاب السادس من ق. إ. م. الفرنسي - القسم الثالث من ا رسوم التشريعي ا ديد.

[٣] . أنظر P.BELLET- E.MEZGER, *Op Cit,* p ٦٤٨

[٤] . أنظر M. K.BENDIMERAD, *Op Cit,* p ١٢٦

[٥] . راجع M.HUYS – G.KEUTGEN, *Op Cit,* p ٤١١

- وفي الأخير نقول أن أحكام معاهدة نيويورك فيما يخص رفض الاعتـراف وتنفيـذ القـرارات التحكيمية الأجنبية، هي على نوعين:

١) - حالة الرفض التلقائي للاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية من طرف السلطة المختصة فـي البلد الذي يطلب فيه التنفيذ إذا ما عاينت أنّ موضوع النزاع حسب قانون هذا البلد غير قابـل للتحكيم، أو إذا كان الاعتراف أو تنفيذ القرار التحكيمي مخالفا للنظام العام للبلد الذي يطلب فيه التنفيذ (المادة الخامسة الفقرة الثانية . أ. ب)[١].

٢) -حالة رفض قاضي التنفيذ الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية بناء على طلب مـن الطـرف الخاسر إذا استطاع إثبات أن طرفي الاتفاقية ناقصي أو عـديمي الأهليـة (المـادة الخامـسة الفقرة١."أ")[٢].

- وختاما لهذه المقارنة، تجدر الإشارة إلى أهمية التمييز بين حصانة القضاء وحصانة التنفيذ، التي يمكن استنتاجها من أحكام المادة الخامسة من المعاهدة، ونقول أن حصانة القضاء ترتكز على فكرة الاستقلالية والمساواة بين الدول والتي بدأت تفقد من صرامتها بسبب مشاركة الدول في النشاطات المخصصة أصلا للخواص، ومع ذلك يبقى للدولة امتياز يتجسد في منح أعمالها صفة "السيادية"، ولهذا صار من المتفق عليه في اجتهاد قضاء الكثير من الدول، أن شخص الدولة هو الوحيد الذي له التمسك (الدفع) بالحصانة القضائية في بعض أعمالها (مثل المتعلقة بالسلطة العمومية دون المتعلقة بالتسيير) دون الأشخاص الأخرى التابعة لها؛ أما حصانة التنفيذ، فهي عبارة عن دفع يمكن للدولة التمسك به للاعتراض على القرارات التحكيمية التي من شأنها المساس والإضرار بمصالحها وأموالها إذا ما نفذت في إقليمها، إلاّ أنّ هذه القاعدة فقدت من حدتها في الوقت الحاضر تحت ضغط الدائنين وحماية حقوقهم[٣].

ثانيا: إستنتاجات:

- نستنتج من المقارنة المجراة بين المرسوم التشريعي ٩٣-٠٩ والقانونين الفرنسي والسويسري من جهة وبين المرسوم ومعاهدة نيويورك من جهة ثانية، ملاحظتين[٤] جديرتين بالإشارة:

---

[١] . راجع ع. عباس -ج. هواش، / *رجع السابق*، ص ٥١٢.
[٢] . راجع .ع. عباس- ج. هواش، / *رجع السابق*، ص ٥٠٨.
[٣] . أنظر M.K.BENDIMERAD, *Op Cit,* p ١٢٩
[٤]. أنظر M.ISSAD, *Op Cit,* p٣٩٩

أ - أما الأولى: فهي تتعلق بعدد الأسباب (الحالات) التي من أجلها يطلب الاستئناف أو الإبطال المنصوص عليها في المادة ٤٥٨ مكرر٢٣ الذي يظهر مرتفعا ومبالغ فيه، في حين نجد خمس حالات فقط في كل من القانون الفرنسي (المادة ١٥٠٢) والقانون السويسري (المادة ١٩٠)، والسبب في ذلك أنّ المشرع الجزائري أخذ من القانونين دون أن ينتبه لتشابه الحالات، أو لتداخل نطاق بعضها في نطاق البعض الآخر، زيادة على تجاهله خصوصيات النظام القانوني لهذين التشريعين، فمثلا حالة "عدم امتثال المحكمين لمهمتهم" عيب خاص بالقانون الفرنسي[١]، الذي صاغها بهذه المرونة لتمكينها من استيعاب مجمل مهمة المحكمين[٢]، والتي يمكنها أن تغطي نطاق حالات أخرى، إذا ما فسرت بطرقة واسعة، لكن الشيء الإيجابي هو وجود اجتهاد قضائي يساعد على فهم وتطبيق القانون الفرنسي[٣].

- وفي الحقيقة والواقع، لا يمكن للقاضي الجزائري الساهر على التنفيذ أن يحصر نطاق عيب "عدم الامتثال لمهمة" لغياب أي سند قانوني أو حتى قضائي، كما يقول الأستاذ "إسعد" في هذا الصدد: "أي

معنى يكون لمخالفة المحكمين للمهمة الموكلة إليهم، من غير تمسك محكمة التحكيم خطأ باختصاصها أو بعدم اختصاصها أو فصلهم زيادة عن المطلوب أو عدم النظر في وجه من وجوه الطلب[٤]، أو حتى الفصل بدون اتفاقية التحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضت مدتها"[٥].

- إنّ هذا التعداد غير المجدي ولا يساعد بالتأكيد على تحقيق السرعة والفعالية المرجوّة من التحكيم الدولي، بل بالعكس ستفتح المجال واسعا أمام الطرق الاحتيالية لممارسي التحكيم الدولي سيئي النية[٦].

---

[١] . لانجد مثل هذه الأسباب نص المادة ١٩٠ من القانون السويسري.

[٢] . A fait l' objet de critique. V.Ph.FOUCHARD « Vers une réforme du droit Français », in *Rev Arb* ١٩٩٧ p ٢٠٦

[٣] . أنظر C.REYMOND, *Op Cit,* p ٤١١

[٤] . لانجد الفقرة "أ" و"ب" من المادة ٤٥٨ مكرر ٢٣ المادة ١٥٠٢ من القانون الفرنسي مكتفيا بالفقرة "د" خلاف للمادة السويسرية الذكرتهما المادة ١٩٠.

[٥] . أنظر M. ISSAD, *Op Cit,* p ٣٩٩-٤٠٠

[٦] . راجع E.GAILLARD « Les manoeuvres dilatoires des parties... », in *Rev Arb,* ٤،١٩٩٠, p ٧٥٩

ب- وأما الثانية، فنقول أنه بالرغم من تضمنه لبعض أسباب الإبطال في مواده - بصياغة مختلفة نوعا ما- المذكورة في المادة الخامسة من معاهدة نيويورك، نلاحظ أن المرسوم التشريعي ٩٣-٠٩ كما سبق الإشارة إليه من قبل، لم يضع مادة صريحة تحيل إلى هذه المعاهدة فيما يخص الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية كما فعل القانون السويسري (المادة ١٩٤)، كما يمكن القول أيضا أن المشرع الجزائري عند صياغته لهذا القانون لم يعتمد على أحكام معاهدة نيويورك بدليل أننا لا نجد عيب نقص أو انعدام الأهلية، عدم قابلية النزاع التحكيم، وعدم الحصول القرار التحكيمي على الطابع الإلزامي كأسباب لطلب الإبطال. لكنه رغم هذا، يظهر أكثر تطورا وأكثر ليبيرالية من المعاهدة، وذلك لتكريسه على غرار التشريعات العصرية مفهوما جديدا في ميدان التحكيم الدولي، ألا وهو مفهوم النظام العام الدولي بدل النظام العام الداخلي.

- وأمام هذه التساؤلات، نقول أخيرا، أن الشيء الوحيد الذي يمكن فعله، هو إنتظار ما تأتى به الممارسة المستقبلية والكيفية التي سيطبق بها هذا النص الجديد، وما يتمخض عنه من إجتهاد قضائي جزائري في ميدان التحكيم الدولي.

<u>خاتمة الفصل:</u>

- الخلاصة التي نصل إليها بعد استعراض هذه المرحلة، هي أن التحكيم التجاري الدولي بلغ درجة كبيرة من النضج من حيث الاستقلالية والفعالية، وهذه الأخيرة نتجت عن التطور الكبير والسريع الذي عرفته هذه المؤسسة (*Institution*)، سواء على المستوى الممارسة الدولية أو على مستوى التشريعات الوطنية.

والتشريع الجزائري على غرار التشريعات الوطنية المعاصرة كرس هذه الفعالية في أحكامه، ويظهر ذلك في مرحلة الاعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي من خلال عاملين[1]: أما الأول، يكمن في إرادة المشرع في إعطاء القاضي الوطني مهمة مساعدة تشكيل المحكمة التحكيمية إذا ما طلب منه ذلك، بالإضافة إلى تنفيذ القرارات الصادرة عن هذه الهيئة. أما الثاني، فهو يظهر في السهولة والبساطة اللتان تعرفهما عملية الاعتراف بالقرارات التحكيمية وتنفيذها، لاسيما باعتماد نظام المراقبة، ومن ثمة يكون تنفيذ القرار التحكيمي أسهل من تنفيذ قرار صادر عن جهة قضائية أجنبية[2].

(1). هناك عوامل أخرى لفعالية التحكيم التجاري الدو ، مثل توطيد صحة اتفاقية التحكيم، عامل تضييق fال ا سائل (ا واد) غ القابلة للتحكيم، وعامل تدعيم حرية الأطراف تسي]كمة التحكيم.

(2). أنظر. E. LOQUIN "Une synthèse attendue du droit de l'arbitrage commercial international:

Le traité de l'arbitrage commercial international de Ph.FOUCHARD, GAILLARD et B.GOLDMAN" *JDI*, ٤, ١٩٩٦, p ٩١٨.

- وعلى هذا الأساس، يكون القرار التحكيمي موجودا بمجرد إصداره من طرف الهيئة التحكيمية، والصيغة التنفيذية (*L'exéquatur*) مطلوبة لإعطاء القرار القوة التنفيذية (La force exécutoire)[1]، ومنه فإن النظرية القضائية القائلة بأن التحكيم ما هو إلا صورة من صور القضاء الوطني، تستمد وجودها من سلطة الدولة في إقامة العدالة بين الأفراد، بل وحتى النظرية القائلة بالطبيعة المختلطة للتحكيم أي أنه يمر بمرحلتين، مرحلة تعتمد على إرادة الأطراف في إحالة نزاعهم على التحكيم وإحجامهم عن الالتجاء إلى قضاء الدولة، وأخرى تتحول فيها طبيعة التحكيم من الطبيعة التعاقدية إلى الطبيعة القضائية، وذلك بتدخل قضاء الدولة عن طريق طلب تنفيذ قرار المحكمين في حالة رفض أحد الخصوم تنفيذه (قرار المحكمين) طوعا، فهي من هذا المنطلق تعتبر قرارات المحكمين "عقودا" قبل أمر التنفيذ من المحكمة الوطنية، تصبح بهذا الأمر بمثابة "أحكام قضائية" [2]، تضحيات متجاوزة (

Dépassées) بالنظر لما عرفه التحكيم التجاري الدولي من تطور سمح له بالانفصال أكثر فـأكثر عـن هيمنة القضاء الوطني، خاصة وأن واقع القوانين وحتى الاتفاقيات الدولية يظهر حقيقة ثابتة، تتمثل في بلوغ التحكيم حدا أقصى من الفعالية، الأمر الذي جعله يعتبر الوسيلة العامة والمفضلة لحـل نزاعـات التجارة الدولية، الشيء الذي يدعم ويساند رجحان النظرية العقدية للتحكيم التجاري الدولي[٣].

- وفي الأخير نقول أن الممارسة قد أثبتت أنه في أغلب الحالات، ينفذ الأطراف القـرارات التحكيميـة طواعية، وهذا يعد تماشيا وتطابقا مع روح التحكيم وجوهره[٤].

---

[1] Ph.De BOURNONVILLE "La sentence arbitrale", *Rev dr inter et dr comp*, ١٩٩٦, ١, p ٥٩.

[2] أنظر الدكتور عبيد صقر بوست "تأملات النظريات الناظمة للتحكيم" مجلة الأمن والقانون، ص ٢٤٨.

[3] E.LOQUIN, *Op Cit,* p ٩١٧.

[4] Ph.De BOURNONVILLE, *Op Cit,* p٦٤.



الخاتمة:

الخاتمة:

- إنّ فحص المرسوم التشريعي الجديد ٩٣-٠٩ - السريع و الموجز بالضرورة – أظهر نية الجزائر في المشاركة مستقبلا في التحكيم بما أن القانون الجديد للتحكيم التجاري الدولي المتميز بالطابع الليبرالي غيّر النظرة الجزائرية تجاه طريقة فض النزاعات الدولية.

- حقيقة، إن نية الدولة الجزائرية تتجه الآن نحو تشجيع المتعاملين العموميين وهذا خاصة بعد قوانين ١٩٩٣ للجوء لمثل هذه الوسيلة لحل الخلافات التجارية، الأمر الذي يدفع إلى التفاؤل لتطور و ازدهار التحكيم في الجزائر إذ هذا يؤدي حتما إلى الإحساس بضرورة تطوير القانون الجزائري تدريجيا في هذا الميدان. بينما على مستوى الممارسة، نسجل نشاطا كبيرا للمؤسسات الجزائرية على المستوى الدولي.

- إنّ النزعة الليبرالية التي تبناها المرسوم التشريعي الجديد تسمح لنا بالقول أن الجزائر تسعى لاستقبال التحكيمات الدولية و لو تلك التي لا تكون لها علاقة فعلية أو موضوعية بإقليمها[١] ، لاسيما إذا ما نظرنا إلى الأحكام و المبادئ القانونية المتطورة التي كرّسها: إمكانية اللجوء إلى التحكيم، الاختصاصات الواسعة المخوّلة لمحكمة التحكيم، الإطار الصارم لمراقبة القرارات التحكيمية[٢]، مع التزام القاضي الجزائري بتسهيل عملية تنفيذها و إدخالها في النظام القانوني الجزائري، خاصة بعد انضمام الجزائر إلى معاهدة نيويورك.

و ينتج عن هذا أن مصير القرارات التحكيمية لم يعد متوقفا على السلطة التقديرية للقاضي الجزائري، التي تكمن في مراجعة هذه القرارات أو إبعادها على أساس مخالفتها للنظام العام الداخلي، و إنما أضحى من تاريخ المرسوم فصاعدا يعتد، لإبعاد القرارات التحكيمية، إلاّ بمقتضيات التجارة الدولية[٣].

M.BEDJAOUI – A.MEBROUKINE, *Op Cit,* p ٧06 .[١]

A.BEKHECHI, *Op Cit,* p 71 .[٢]

M.BEDJAOUI – A.MEBROUKINE, *Op Cit,* p ٧07 .[٣]

- كما أن إمكانية دخول الدولة مباشرة في إجراءات التحكيم المنصوص عليها في القانون الجديد الاستثمار يترتب عنها أولا تراجع مبدأ حصانة القضاء، ثم إعادة النظر (تكييف) في مبدأ حصانة التنفيذ و تحرير عدد كبير من النشاطات التي كانت من احتكار الدولة، مضيقة مجال تأثير المبدأ القانوني المعتمد عليه لحماية و الحفاظ على أموال الدولة و المتمثل في عدم قابليته للتماك، للحجر و التقادم[١].

- ورغم كل ذلك، يترتب على القاضي الآمر بالتنفيذ مراقبة القواعد الواردة في اتفاقية نيويورك ذلك أن مصادقة الدولة على هذه الاتفاقية يعني إدخالها في نظامها القانوني و إعطائها أولوية التطبيق على أي نص قانوني يخالفه[٢].

- و هكذا يكون هذا التشريع الوطني قد ضمّن خصوصيات التحكيم الدولي، و ستتأكد هذه الفكرة و تتطور حتما مع ظهور الاجتهاد القضائي الذي سيدعم سعي المشرع الجزائري الهادف لوضع قانون حقيقي عصري و فعّال[٣].

[١] M.BEDJAOUI – A.MEBROUKINE, *Op Cit,* p ٧06 .

[٢] . راجع .ع. عباس- ج. هواش، / *رجع السابق،* ص ٥١٠.

[٣] A.BEKHECHI, *Op Cit,* p 71 et 72 .

الفهرس

- المقدمة:

المراجع

١ - المراجع باللغة الفرنسية:

I- Ouvrages :

- ABDERAHMANE Boumedienne « *L'entreprise Algérienne, l'état et l'arbitrage commerciale* », pp 471.

- BENCHENEB Ali « *Les mécanismes juridiques des relations commerciales internationales en Algérie* », OPU Alger, 1984, pp 353.

- DE BOISSESSON Mathieu « *Le droit Français de l'arbitrage* » JOLLY 1990.

- DAVID René « *L'arbitrage dans le commerce international* », Economica, Paris 1984, pp 603.

- EL-AHDEB Abdelmadjid « *L'arbitrage dans les pays arabes* », Economica, Paris 1988.

- FOUCHARD Philippe « *L'arbitrage commercial international* », Vol II, Librairie Dalloz, Paris 1965, pp 611.

- HUYS Marcel et KEUTGEN Guys « *L'arbitrage en droit Belge et international* », BRUYLANT Bruxelles 1981, pp 812.

- MENTALECHETA Mohamed « *L'arbitrage commercial en droit Algérien* », OPU Alger, 1983, pp 153.

- ROBERT Jean « *L'arbitrage* », 5ème Ed, Dalloz Paris, 1983, pp 459.

- ZAHI Omar « *L'état et l'arbitrage* », OPU Alger, 1979, pp 331.

- TERKI Noureddine « *Les sociétés étrangères en Algérie* », OPU Alger, 1979.

- TERKI Noureddine « *L'arbitrage commercial international en droit Algérien* », OPU Alger, 1999, pp 192.

- ISSAD Mohand « *Droit international privé* », OPU Alger, 1986, T 1, pp 335.

II- Répertoires :

- *Juris –Classeur* (Dr Inter Pr) Arb Com Inter
Fasc 585-1, 582-2, Philippe FOUCHARD, 3, 1989.
Fasc 586-1, 586-2, 586-3, 586-4, Berthold GOLDMAN, 3, 1989.

- *Juris –Classeur* (Proc Civ) Arb Com Inter
Fasc 1030, 1032, 1036, 1038, Eric LOQUIN, 6, 1986.
Fasc 1050, 1054, 1058, Philippe FOUCHARD, 3, 1989.

- *Juris –Classeur* (Proc Civ) Arb Com Inter
Fasc 205, Philippe FOUCHARD, 3, 1989.

- *Encyclopédie Juridique Dalloz* (Rép Dr Inter) Tome I, Arbitrage, R.DIVICHI.

- *Encyclopédie Juridique Dalloz* (Rép Dr Inter) Tome I, Arbitrage, B.GOLDMAN M.DEHAUSSY.

- *Encyclopédie Juridique Dalloz* (Rép Dr Inter) Tome I, Arbitrage, J.ROBERT-B.MOREAU.

III- Revues :

- BEDJAOUI Mohamed et MEBROUKINE Ali « Le nouveau droit de l'arbitrage en Algérie », *Journal de Droit International*, 4, 1993, pp 873-912.

- BEKHECHI Mohamed « L'arbitrage commercial international en droit Algérien », *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, 2, 1994, pp 59-74.

- BELLET Pierre et MEZGER Ernest « L'arbitrage international dans le code de procédures civiles Français », *Revue Critique de Droit Comparé*, 4, 1981, pp 611-656.

- BERTIN Philippe « Le rôle du juge dans l'exécution de la sentence arbitrale », *Revue de l'Arbitrage*, 3, 1983, pp 281-293.

- DE BOURNOUVILLE Philippe « La sentence arbitrale », *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, 1, 1996, 58-67.

- DIERYCK Christian « Procédures et moyens de preuves dans l'arbitrage commercial international ».

- BREDIN Jean Denis « L'amiable composition et le contrat », *Revue de l'Arbitrage*, 2, 1984, pp 259-271.

- BUDIN Roger « La nouvelle loi Suisse sur l'arbitrage international », *Revue de l'Arbitrage*, 1, 1988, pp 51-65.

- CAPATINA Octavian « L'accès des tribunaux arbitraux à l'entraide judiciaire international », *Journal de Droit International*, 4, 1984, pp 459-565.

- CORNU Gérard « Le décret du 14 Mai 1980 relatif à l'arbitrage », *Revue de l'Arbitrage*, 4, 1980, pp 583-597.

- COUCHEZ Gérard « Référé et arbitrage », *Revue de l'Arbitrage*, 2, 1986, pp 155-172.

- DERAIN Yves « L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international », *Revue de l'Arbitrage*, 3, 1986, pp 375-413.

- DEVOLVE Jean Luis « L'arbitrage et les tiers : Le droit de l'arbitrage », *Revue de l'Arbitrage*, 3, 1988, pp 501-165.

- DROUILLAT René « L'intervention du juge dans la procédure arbitrale », *Revue de l'Arbitrage*, 2, 1988, 253-267.

- GAILLARD Emmanuel «Les manœuvres dilatoires des et des arbitres dans l'arbitrage commercial international », *Revue de l'Arbitrage*, 4, 1990, pp 759-796.

- HUET André « Les procédures de reconnaissances et d'exécution des jugements et des sentences arbitrales en droit international privé Français », *Journal de Droit International*, 1, 1988, pp 5-35.

- ISSAD Mohand «Le décret législatif Algérien du 25 Avril 1993 relatif à l'arbitrage international », *Revue de l'Arbitrage*, 3, 1993, pp 377-400.

- KAHN Philippe « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international », *Journal de Droit International*, 2, 1993, pp 305-327.

- KASSIS Antoine « Particularités et problèmes de l'arbitrage dans les pays arabes », *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, 1 et 2, 1986, pp 7-27.

- LALIVE Pierre et GAILLARD Emmanuel « Le nouveau droit de l'arbitrage international en Suisse », *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, 4, 1989, pp 905-963.

- LALIVE Pierre « Ordre public transnational ou réellement international et arbitrage international », *Revue de l'Arbitrage*, 3, 1986, pp 329-373.

- LEVEL Patrice « L'amiable composition dans le décret du 14 Mai 1980 », *Revue de l'Arbitrage*, 4, 1980, pp 651-670.

- LOQUIN Eric « Une synthèse attendue du droit de l'arbitrage commercial international : Le traité de l'arbitrage commercial international de Ph. FOUCHARD, E.GAILLARD et B.GOLDMAN », *Journal de Droit International*, 4, 1996, pp 909-920.

- LOUSSOUARN Yvon « Les voies de recours dans le décret du 14 Mai 1980 », *Revue de l'Arbitrage*, 4, 1980, pp 671-687.

- MAHIOU Ahmed « L'arbitragez en Algérie », *Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Economiques et Politiques*, pp 701-731.

- MEBROUKINE Ali « Le règlement d'arbitrage Algéro-Français du 27 Mars 1983 », *Revue de l'Arbitrage*, 1, 1986, pp 191-232.

- MENDES Fransisco Ramos « Arbitrage international et mesures conservatoires », *Revue de l'Arbitrage*, 1, 1985, pp 51-67.

- OPPETIT Bruno « Ordre public transnational ou réellement international », *Revue de l'Arbitrage*, 3, 1984, pp 307-324.

- OPPETIT Bruno « Arbitrage, médiation et conciliation », *Revue de l'Arbitrage*, 3, 1990, pp 551-569.

- OUKRAT Philippe « L'arbitrage commercial et les mesures provisoires, *Revue de Droit et Pratiques du Commerce International*, 2, 1988, pp 239-273.

- PERROT Roger « Les voies de recours en matière d'arbitrage », *Revue de l'Arbitrage*, 2, 1980, pp 268-273.

- PEYRE Jean Claude « Le juge de l'exécution : Fantôme ou réalité ? », *Revue de l'Arbitrage*, 2, 1985, pp 231-239.

- POUDRET Jean François « Les voies de recours en matière d'arbitrage international en Suisse selon le concordat et la nouvelle loi fédérale », *Revue de l'Arbitrage*, 4, 1988, pp 595-628.

- REYMOND Claude « La nouvelle loi Suisse et le droit de l'arbitrage international », *Revue de l'Arbitrage*, 3, 1989, pp 385-413.

- ROBINE Eric « Le choix des arbitres », *Revue de l'Arbitrage*, 2, 1990, pp 315-327.

- SANDERS Pieter « L'intervention du juge dans la procédure arbitrale », *Revue de l'Arbitrage,* 2, 1980, pp 233-251.

- SCALBERT Hugues et MARVILLE Laurent « Les clauses compromissoires pathologiques », *Revue de l'Arbitrage*, 1, 1988, pp 117-135.

- SCHLOSSER Peter « L'arbitrage et les voies de recours », *Revue de l'Arbitrage*, 2, 1980, pp 447-463.

- STERN Brigitte « Lex mércatoria et arbitrage international », *Revue de l'Arbitrage*, 4, 1983, pp 221-239.

- TARARI TANI Mostefa « Autonomie de l'entreprise économique et arbitrage commercial en Algérie », *Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Economiques et Politiques*, 1, 1996, pp 221-239.

- TARARI TANI Mostefa « Les règles d'arbitrage international en Algérie », *Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Economiques et Politiques*, 1, 1998, pp 264-286.

- TERKI Noureddine « L'arbitrage international et l'entreprise économique en Algérie », *Revue de l'Arbitrage*, 3, 1990, pp 585-605.

- TERKI Noureddine « La société d'économie mixte en droit Algérien », *Journal de Droit International*, 2, 1988, pp 719-733.

- TERKI Noureddine « La loi de 1986 et l'encouragement des investissements étrangers dans le domaine des hydrocarbures », *Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Economiques et Politiques*, 4, 1987.

- TERKI Noureddine « L'imprévision dans le contrat international de longue durée », *Revue de Droit et Pratiques du Commerce International*, 1, 1982.

- TERKI Noureddine « Le code des investissements au maghreb », *CMERA*, Tunis, 1979, pp 78-92.

- TERKI Noureddine « La clause d'entrée en vigueur dans le contrat international de longue durée », *Revue de Droit et Pratiques du Commerce International*, 3, 1988.

- THIEFFRY Jean « L'exécution des sentences arbitrales », *Revue de l'Arbitrage*, 4, 1983, pp 423-436.

- VAN HOUTTE H « La loi applicable à l'arbitrage commercial », *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, 2 et 3, 1980, pp 285-300.

IV- Colloques et séminaires :

- BEDJAOUI Mohamed « L'évolution des conceptions et de la pratique Algérienne en matière d'arbitrage international » *in actes de séminaire sur l'arbitrage commercial, organisé par la Chambre Nationale de Commerce à Alger les 14 et 15 /12/ 1992, Ed Ch Nat Com, Alger, 1993, P 15.*

- BEKHECHI Abdelwahab « Conventions multilatérales et arbitrage » *in actes de séminaire sur l'arbitrage commercial, organisé par la Chambre Nationale de Commerce à Alger les 14 et 15 /12/ 1992, Ed Ch Nat Com, Alger, 1993, P 87.*

- BENCHENEB Ali « Droit conventionnel des investissements et arbitrage » *in actes de séminaire sur l'arbitrage commercial, organisé par la Chambre Nationale de Commerce à Alger les 14 et 15 /12/ 1992, Ed Ch Nat Com, Alger, 1993, P 11.*

- BENDIMERAD Kamel « Le sort des sentences arbitrales devant le juge Algérien » *in actes de séminaire sur l'arbitrage commercial, organisé par la Chambre Nationale de Commerce à Alger les 14 et 15 /12/ 1992, Ed Ch Nat Com, Alger, 1993, P 123.*

- ISSAD Mohand « Le nouveau droit Algérien de l'arbitrage international » *in actes de séminaire sur l'arbitrage commercial, organisé par la Chambre Nationale de Commerce à Alger les 14 et 15 /12/ 1992, Ed Ch Nat Com, Alger, 1993, P 69.*

- ZAHI Amor « La conciliation et le processus arbitral » *in actes de séminaire sur l'arbitrage commercial, organisé par la Chambre Nationale de Commerce à Alger les 14 et 15 /12/ 1992, Ed Ch Nat Com, Alger, 1993, P 131.*

- BELLARIF M « La convention d'arbitrage » *in actes de symposium national de PROSPECO-CONSEIL, organisé les 26 et 27/07/1993 à l'hôtel SOFITEL Alger.*

- RAHMANI A « Les marchés publics internationaux » *in actes de symposium national de PROSPECO-CONSEIL, organisé les 26 et 27/07/1993 à l'hôtel SOFITEL Alger.*

V- Codes et lois :

- Le décret législatif n° 93-09 du 25/04/1993 modifiant et complétant l'ordonnance n° 66-154 du 08/06/1966 portant le code de procédures civiles algérien, JORA n°58 année 1993, P 42.

- L'ordonnance n° 66-154 du 08/06/1966 modifiée et complétée portant code de procédures civiles algérien, JORA n° 47 année 1966, p 454.

- L'ordonnance n° 71-80 du 29/12/1971 modifiant le code de procédures civiles algérien, JORA n° 02 année 1971, p 10.

- L'ordonnance n° 75-44 du 17/06/1975 relative à l'arbitrage obligatoire pour certains organismes, JORA n° 53 année 1975, p 606.

- L'ordonnance n° 75-58 du 26/09/1975 portant code civil algérien, JORA n° 78 année 1975, p 818.

- Le décret n° 81-500 du 12/05/1981 portant nouveau code de procédures civiles Français, Journal Officiel de République Française du 14/05/1981, p 1380.

- La loi fédérale sur le droit international privé du 18/12/1987, publiée dans la feuille fédérale Suisse du 12/01/1988.

VI- Conventions et règlements d’arbitrages :

- Règlement d’arbitrage Algéro-Français du 27/03/1983.

- Règlement de la cour d’arbitrage de la chambre de commerce internationale (CCI) de 1975 et de 1988.

- Règlement d’arbitrage de la commission des Nations Unis pour droit commercial international (CNUDCI).

- Règlement d’arbitrage du centre international de règlement des différends relatifs à l’investissement (CIRDI).

- Convention de New York pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères du 10/06/1958.

- Convention européenne de Genève sur l’arbitrage commercial international du 21/04/1961.

٢- المراجع باللغة العربية:

- كمال ابراهيم "التحكيم التجاري الدولي"، دار الفكر، القاهرة، الطبعة الأولى ١٩٩١ ، عدد الصفحات ١٦٧.

- عبد الهادي عباس و جهاد هواش "التحكيم"، دمشق، ١٩٨٢، عدد الصفحات ٥٨٠.

- عبيد صقر بوست "تأملات في النظريات الناظمة للتحكيم"، مجلة الأمن و القانون، الكويت، ص ٢٤٢-٢٥٧.